Der Begriff des Minderkaufmanns.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Hans Helmecke
Referendar in Magdeburg.

Magdeburg.
Druck von E. Baensch jun.
1906.

Literaturverzeichnis.

(Die Zitierweise ist in Klammern beigefügt.)

I.

Anschütz und **von Völderndorff,** Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche. Erlangen Bd. 1. 1868, Bd. 3. 1874 (Anschütz).

Bang, Die rechtliche Stellung der Handwerker nach dem Handelsgesetzbuche. Leipzig 1904 (Dissertation).

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts Bd. 1. Berlin und Leipzig 1886.

Bovensiepen, Der Minderkaufmann und sein Recht. Halle 1905.

Buchka, Oetker und **Lehmann,** Zivilprozessordnung, Konkursordnung und Handelsgesetzbuch in alter und neuer Gestalt. Berlin 1899 (Buchka-Lehmann).

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Auflage. Stuttgart 1903.

Dove, Handelsgesetzbuch. Berlin 1900.

Dove, Die Abgrenzung zwischen Vollkaufmann und Minderkaufmann in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen 1898 S. 297 ff.

Düringer und **Hachenburg,** Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Bd. 1. Mannheim 1898 (Düringer).

Endemann, Kritische Besprechung des Entwurfs eines deutschen Handelsgesetzbuches. 1858.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. 1. Leipzig 1881.

Frankenburger, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 2. Auflage. München 1901.

Fuld, Fabrik und Werkstätte, im Sächsischen Archiv für Bürgerliches Recht und Prozess. Bd. 13, S. 537 ff.

Gareis, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 3. Auflage München 1905.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 6. umgearbeitete Auflage. Berlin 1899. (Gareis, Lehrbuch.)

Gierke, Grundzüge des Handelsrechts in Holtzendorffs Encyklopädie der Rechtswissenschaft. Bd. 1. Leipzig und Berlin 1902.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Bd. 1. Berlin 1901.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 2. völlig umgearbeitete Auflage. Stuttgart 1875.

Grotefendt, Vollkaufmann und Minderkaufmann. Breslau 1899. (Dissertation).

von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche. Braunschweig Bd. 1. 4. Auflage 1894, Bd. 2, 2. Auflage 1875.

Jacobsen, Die Minderkaufleute nach dem Handelsgesetzbuche vom 10. Mai 1897. Magdeburg 1901. (Dissertation).

Kaufmann, Die wesentlichen Unterschiede des alten und des neuen Handelsgesetzbuches. Berlin 1900.

Königsberger, Die Kaufmannseigenschaft des Handwerkers. Berlin 1894.

Kuckuk, in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen 1904 S. 124 ff.

von Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung. 4. Auflage. München 1903.

Lastig, Der Gewerbetreibenden Eintragungspflicht zum Handelsregister und Beitragspflicht zur Handelskammer und Handwerkskammer. Halle 1903.

Lehmann und Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1. Berlin 1902 (Lehmann).

Litthauer, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 12. Auflage. Berlin 1901.

Lotze, Zum Begriff des Kleingewerbes, in den Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 44. S. 404 ff.

Makower, Handelsgesetzbuch. 12. Auflage. Berlin 1901.

Plange, Der Minderkaufmann. Borna-Leipzig 1903 (Dissertation).

Puchelt - Förtsch, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche. 4. Auflage. Leipzig, Bd. 1. 1893, Bd. 2. 1894.

Ritter, Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts. Berlin 1900.

Ritter, Landwirtschaftliches Nebengewerbe, im Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 20.

Rudorff, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Stuttgart 1898.

Schirrmeister, Der Kaufmannsbegriff nach geltendem und künftigem deutschen Handelsrecht in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 48 S. 418 ff., Bd. 49 S. 29 ff.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch 6. und 7. Auflage. Berlin 1900.

Staub, Vollkaufmann und Minderkaufmann nach dem neuen Handelsgesetzbuch in der Deutschen Juristenzeitung 1898 S. 421 ff.

Thöl, Das Handelsrecht. 6. Auflage. Leipzig 1879.

Weiss, Über den Begriff des Minderkaufmanns. Leipzig 1905 (Dissertation).

II.

Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Obertribunals gelangt sind, herausgegeben von Striethorst, Berlin.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig (Bolze).

Entscheidungen des Bundes- bezw. Reichsoberhandelsgerichts. Erlangen (B. O. H. G. bezw. R. O. H. G.)

Entscheidungen des Reichgerichts in Zivilsachen. Leipzig (R. G. in Z. S.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Leipzig (R. G. in St. S.)

Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Stuttgart (Goldschmidts Zeitschrift).

Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 6: Materialien zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1897. (Mat.)

Jahrbuch des Deutschen Rechts, herausgegeben von Neumann. Berlin.

Johow-Ring, Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts Berlin (Johow). Berlin.

Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, herausgegeben von Conrad und Loening.

Juristenzeitung, deutsche, begründet von Laband, Stenglein und Staub. Berlin (D. J. Z.)

Juristische Wochenschrift, herausgegeben von Neumann. Berlin.

Kaufmann, Handelsrechtliche Rechtsprechung. Hannover (Kaufmann, Rechtsprechung).

Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches. Nürnberg 1857—1861 (Protokolle).

Recht, das, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Soergel. Hannover und Leipzig.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts. Leipzig, herausgegeben von Mugdan-Falkmann (Mugdan-Falkmann).

Zeitung der Anwaltskammer im Oberlandesgerichtsbezirk Naumburg a/S. (Anwaltskammerzeitung Naumburg). Halle.

Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, herausgegeben von Lobe (Lobe). Leipzig.

III.

Fischer und **Henle,** Bürgerliches Gesetzbuch. 5. Auflage. München 1902.

Friedberg, Die Handelsgesetzgebung des Deutschen Reichs. 6. Auflage. Leipzig 1901.

Jastrow, Die Gesetze des Reichs und Preussens über die freiwillige Gerichtsbarkeit. Berlin. 3. Auflage. 1902.

Sydow-Busch, Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. Berlin 1901. 9. Auflage.

Sydow-Busch, Konkursordnung und Anfechtungsgesetz. 9. Auflage. Berlin 1902.

Inhaltsverzeichnis.

I. Abschnitt: Allgemeines.

Seite

§ 1. Der Begriff des Kaufmanns 9

§ 2. Zweck und Wirkung der Minderkaufmannseigenschaft . . . 16

§ 3. Der Kreis der Minderkaufleute 25

II. Abschnitt: Die einzelnen Arten der Minderkaufleute.

§ 4. Abgrenzung der Handwerker von anderen Gewerbetreibenden 41

§ 5. Die Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht 45

§ 6. Die Handwerker 63

III. Abschnitt: Besonderheiten.

§ 7. Vereinigungen von Personen zu einem minderkaufmännischen Geschäftsbetrieb 88

§ 8. Der Minderkaufmann mit Nebengewerbe 94

§ 9. Der Scheinvollkaufmann 100

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535720_0025

I. Abschnitt.

Allgemeines.

§ 1.

Der Begriff des Kaufmanns.

Um bestimmen zu können, wer Minderkaufmann ist, muss man zuvor den Begriff des Kaufmanns festlegen. Denn nur, wer Kaufmann ist, kann unter gewissen Voraussetzungen Minderkaufmann sein.[1])

Darauf deutet das Wort Minderkaufmann hin, das erhellt auch aus dem Zweck des Minderkaufmannsinstituts, gewissen Kaufleuten eine besondere Stellung zu schaffen.[2])

§ 1. H. G. B. sagt: „Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist . . . . . .“ Er will also keinen allgemeinen Begriff des Kaufmanns geben. Der Kaufmannsbegriff des H. G. B. weicht zunächst erheblich ab vom gewöhnlichen Sprachgebrauch. Denn im Leben wird jeder Handlungsgehilfe, jeder Direktor einer Aktiengesellschaft als Kaufmann bezeichnet, während es beide nach dem H. G. B. nicht sind.[3]) Andererseits erkennt der Laie einen Schuhmacher oder einen Schleppbootsbesitzer nicht als Kaufmann an, während das H. G. B. diese als Kaufleute erachtet. Der Kaufmannsbegriff des H. G. B. ist im allgemeinen auch für andere Gesetze massgebend.[4]) Wenn diese direkt auf das H. G. B. Bezug nehmen, wie z. B. das G. V. G.

---

[1]) Vgl. Striethorst Bd. 76 S. 297, Entsch. v. 18. Nov. 1869, Puchelt I, S. 35, 1.

[2]) s. § 2 d. Abhandlung S. 17 ff.

[3]) Goldschmidt S. 451, Ritter S. 20 VI, Königsberger S. 11.

[4]) Was für die Abhandlung wichtig ist, vgl. z. B. S. 23 ff. und S. 106 ff.

in § 101, so gilt für sie unbedenklich der Kaufmannsbegriff des H. G. B. Hinzuweisen ist dabei auf Artikel 3 E. G. zum H. G. B., nach dem der Kaufmannsbegriff des neuen H. G. B. massgebend ist für ein Gesetz, das in dieser Beziehung auf das alte H. G. B. verwies, vgl. z. B. § 13 des Gesetzes betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere. Aber auch wenn andere Gesetze an den Begriff des Kaufmanns Rechtsfolgen knüpfen und dabei nicht auf das H. G. B. verweisen, wird dieses zu Grunde zu legen sein, mögen die Gesetze nun älter oder jünger als das H. G. B. sein.[1]) Es bedarf, um die Anwendung des Begriffs des H. G. B. zu rechtfertigen, keiner Verweisung seitens des fremden Gesetzes.[2]) Es wird also auch z. B. im Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte der Kaufmannsbegriff des H. G. B. zu Grunde zu legen sein. Nach den meisten dieser Gesetze wird die Anwendung um so gebotener sein, als dort auf gewisse den Kaufleuten zustehende Rechte, z. B. die Firma, oder ihnen obliegende Pflichten, z. B. die Führung von Handelsbüchern, Bezug genommen wird.[3]) Es müssten ganz besondere Gründe sein, die gegen die Anwendung sprechen.[4])

Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 gibt ein Sonderrecht der Kaufleute. Dass das Handelsrecht sich als ein solches Sonderrecht darstellt, erscheint uns heute ganz natürlich, und doch bedeutet diese Regelung des neuen Gesetzes eine einschneidende Änderung gegenüber dem bis dahin geltenden Handelsrecht. Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch war ein Sonderrecht der Tatbestände des Handels.[5]) Im Vordergrunde stand das Handelsgeschäft. Gewisse Handelsgeschäfte, die der Art. 271 aufzählt, konnte jede Person vornehmen derart, dass sie durch deren Vornahme dem H. G. B. unterworfen wurde (absolute Handelsgeschäfte). Kaufmann war nach Art. 4 derjenige, der gewerbemässig Handelsgeschäfte betreibt; nur die

---

[1]) Puchelt I S. 15, 1, Düringer S. 24 § 1, I, Goldmann S. 2 II, Lehmann S. 3, Nr. 1, Staub S. 40 Anm. 1., Ritter S. 8.

[2]) Ritter S. 8.

[3]) Lehmann S. 3 Nr. 1.

[4]) Goldmann S. 2 II.

[5]) Buchka-Lehmann S. 206 I.

im Art. 272 aufgezählten Geschäfte wurden erst durch den gewerbemässigen Betrieb Handelsgeschäfte (relative Handelsgeschäfte), waren also Handelsgeschäfte allein dann, wenn sie ein Kaufmann betrieb. Heute aber ist der Kaufmann allein dem Handelsrecht unterworfen, die absoluten Handelsgeschäfte sind in Wegfall gekommen. Kaufmann ist nach § 1 derjenige, der ein Handelsgewerbe betreibt. Eine Änderung ist also im Begriff des Kaufmanns dem alten H. G. B. gegenüber zunächst nicht eingetreten. Denn auch nach diesem ist ja Kaufmann, wer gewerbemässig Handelsgeschäfte, d. h. wer ein Handelsgewerbe betreibt.[1]) Auch das neue H. G. B. verbindet ohne weiteres mit dem gewerbemässigen Betrieb gewisser Handelsgeschäfte die Kaufmannseigenschaft. „In den natürlichen Handelsgewerben des § 1 hat das Gesetz den Zusammenhang mit dem alten Recht bewahrt."[2]) Doch hat der § 1 nicht ohne Grund eine andere Wendung gebraucht; es ist der Begriff des Handelsgewerbes zu Grunde gelegt. Staub[3]) führt aus: „Das geschah, um die Kaufmannsqualität nicht mehr bloss durch den gewerbemässigen Betrieb einer geschlossenen Zahl von Handelsgeschäften, sondern unter Umständen durch den Betrieb jedes kaufmännisch betriebenen gewerblichen Unternehmens zu begründen." Das Gesetz will einheitlich vorgehen; denn nicht nur die einzeln aufgeführten Geschäfte des § 1, sondern nach § 2 jedes Gewerbe, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, verschaffen nach ihm Kaufmannsqualität. Bei letzteren Gewerben muss allerdings die Eintragung ins Handelsregister hinzutreten. Im neuen H. G. B. folgt der Begriff des Handelsgeschäfts erst im § 343. Danach ist ein Geschäft ein Handelsgeschäft, wenn es im Betriebe eines Handelsgewerbes geschlossen wird.

Der Kaufmannsbegriff hat dem alten H. G. B. gegenüber wesentliche Änderungen erfahren:

1. Es ist in § 1, der sonst die Handelsgeschäfte der Art. 271 und 272 aufzählt, weggelassen das Darlehen gegen Ver-

[1]) v. Hahn I S. 82 zu Art. 4 § 2.

[2]) Bruchka-Lehmann S. 208.

[3]) Staub S. 40, Anm. 2, vgl. auch Denkschrift S. 9 in Mat. S. 136, Düringer S. 23, I, 1.

bodmung, „da es als Gegenstand eines selbständigen Handelsgewerbes nicht vorkomme“, wie die Denkschrift[1]) sagt. Neu hinzugekommen sind die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer und der Lagerhalter. An die Stelle der Vermittlung oder Abschliessung von Handelsgeschäften für andere Personen sind die Geschäfte der Handlungsagenten und der Handelsmäkler getreten. Dazu kommen noch Änderungen im Wortlaut und Abweichungen, die darin bestehen, dass die Gesetzbücher mit denselben Worten nicht dasselbe meinen (z. B. Kommissionär).[2])

2. Wie schon gesagt, ist zur Aufzählung des § 1 der § 2 getreten, der dem Inhaber jedes gewerblichen Unternehmens unter den genannten Voraussetzungen die Kaufmannseigenschaft verleiht. Hierdurch werden auch diejenigen getroffen, die sich mit Verträgen über unbewegliche Sachen befassen und die gemäss Art. 275 dem Handelsrecht nicht unterstanden.

Nach § 3 kann das Hauptgewerbe einer Land- und Forstwirtschaft jedoch seinen Inhaber nicht zum Kaufmann machen, sondern nur ein Nebengewerbe, das aber seinerseits auch die in § 2 genannten Bedingungen erfüllen muss.

Nach altem[3]) wie nach neuem H. G. B. gibt es nun Vereine, denen das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt, es sind das die Aktiengesellschaften und die Kommanditgesellschaften auf Aktien, s. Art. 174, 208 des alten und §§ 210 Abs. 2, 320 Abs. 3 des neuen H. G. B. Die gleiche Eigenschaft verleiht § 17 Abs. 2 des Gesetzes vom 1. Mai 1889 den Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, § 13 des Gesetzes vom 20. April 1892 den Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Im übrigen ist Kaufmann nach neuem H. G. B., wie gesagt, gemäss § 1 Abs. 1, wer ein Handelsgewerbe betreibt; andererseits gelten nach § 1 Abs. 2 gewisse Gewerbebetriebe, nach § 2 gewisse gewerbliche Unternehmen und nach § 3 die dort genannten Nebengewerbe als Handelsgewerbe. Es muss sich also zunächst um Gewerbe handeln. Das Gesetz erläutert den

[1]) Denkschrift S. 10 in Mat. S. 197.

[2]) Soweit diese für die Abhandlung wichtig sind, werden sie im § 3 behandelt.

[3]) Wenigstens nach der Novelle vom 11. Juni 1870.

Begriff nicht. Herrschender Ansicht nach müssen folgende Merkmale vorhanden sein, damit eine Tätigkeit als Gewerbe zu bezeichnen ist:

1. Es muss die Absicht vorliegen, aus der Tätigkeit Gewinn zu ziehen, sodass ein Unternehmen, das sich nur mit der Herstellung von Erzeugnissen zu eigenem Bedarf befasst, hier entfällt.

2. Es muss die Absicht vorhanden sein, diese Tätigkeit nicht gelegentlich, sondern dauernd auszuüben, so dass der kein Gewerbe betreibt, der nur im Einzelfalle eine auf Erwerb gerichtete Handlung vornimmt.

3. Es darf sich diese Tätigkeit nicht als eine künstlerische oder wissenschaftliche oder als ein anderer sogenannter Beruf z. B. des Beamten darstellen, so dass unter anderen der Kunstmaler, der Richter kein Gewerbe betreiben.

4. Wer sich mit der betreffenden Tätigkeit befasst, muss nach aussen als Gewerbetreibender auftreten, so dass ein Privatmann, der an der Börse durch seinen Bankier heimlich spekuliert, kein Gewerbe betreibt.[1])

Der Begriff der Gewerbsmässigkeit entfällt nicht damit, dass Gewinn nicht aus Gewinnsucht erstrebt wird, so dass auch Gemeinden als Unternehmer von Sparkassen, die Überschüsse erzielen wollen, um sie für wohltätige Zwecke zu verwenden, gewisse Unternehmungen des Staates, die in erster Linie dem Gemeinwohl dienen, aber dabei auch Gewinn abwerfen sollen, Kaufleute sind.[2]) § 1 sagt ferner, dass Kaufmann der ist, der

[1]) Vgl. u. a. Cosack S. 22 ff., Lehmann S. 3 No. 3 ff., Düringer S. 25. III, Makower S. 5 III, Goldmann S. 2, Anm. 1, Staub S. 43, Anm. 13 ff., Ritter S. 12; Staub S. 46, Anm. 29, Ritter S. 12 bestreiten, dass Offenkundigkeit dem Betrieb innewohnen müsse; Makower S. 11. II sieht die Tätigkeit des Rechtsanwalts, Künstlers als Gewerbe an.

[2]) Ritter S. 12, Puchelt I S. 16 No. 4, Behrend S. 102, Düringer S. 25 III b, Staub S. 44, Anm. 17, R. O. H. G. III S. 407, 14. Dez. 1871, O. L. G. Jena 20. Dez. 1900, Recht 1901 S. 203, O. L. G. Hamburg 2. Juni 1904, Mugdan-Falkmann 9 S. 241; gegen Anschütz 1 S. 39, Badisches Verw. Ger. Jahrb. d. Rechts 1905 S. 1, Gareis S. 5 No. 3.

ein Handelsgewerbe betreibt. Das lässt sich, wie allgemein[1]) angenommen wird, nur von der Person sagen, die den Namen hergibt, auch wenn diese sich um das Geschäft nicht kümmert. Umgekehrt ist deshalb der, der im Geschäft persönlich mitarbeitet, nicht Kaufmann, also nicht der Prokurist, auch wenn er das Unternehmen allein leitet, nicht der Vorstand einer Aktiengesellschaft, sondern der durch den Prokuristen Vertretene und die Aktiengesellschaft selbst. Gleichgültig ist auch, für wessen Rechnung die Geschäfte gehen, so dass auch ein Vormund, der in eigenem Namen ein Geschäft mit dem Gelde des Mündels betreibt, Kaufmann ist.

Umfasst ein Geschäftsbetrieb durch das Gesetz verbotene oder sonstwie ungültige Geschäfte (§ 134 B. G. B.), z. B. den gewerbsmässigen Ankauf von gestohlenen Sachen seitens eines Antiquars, unbefugtes Betreiben von Differenzgeschäften, so wird der Betreibende nicht Kaufmann.[2])

Im allgemeinen ist es gleichgültig, wie die Person beschaffen ist, die das betreffende Gewerbe betreibt. Nach altem und nach neuem H. G. B. können sowohl natürliche als juristische Personen Träger der Kaufmannseigenschaft sein[3]).

Auch der Geschäftsunfähige und der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte, in deren Namen der gesetzliche Vertreter das Geschäft betreibt, sind Kaufleute. Der Geschäftsunfähige kann das Geschäft nie selbständig betreiben, während das unter gewissen Voraussetzungen dem in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten gestattet ist, nämlich gemäss § 112 B. G. B., wenn er die Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters und die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes besitzt. Ohne Zutun des gesetzlichen Vertreters kann er ebensowenig wie der

---

[1]) Vergl. u. a. Düringer S. 26 d, Lehmann S. 5 No. 9, Staub S. 41, Anm. 5, Goldmann S. 3, Anm. 2 I, Goldschmidt S. 452, v. Hahn I S. 85 § 7, Makower S. 2 E, Cosack S. 23 III, R. G. 26. April 1896 in Z. S. Bd. 27 S. 61, K. G. 26. Okt. 1903, Johow Bd. 26 S. 212, O. L. G. Dresden 7. Juli 1903, Mugdan-Falkmann 8 S. 249.

[2]) Staub S. 43, Anm. 12, Lehmann S. 46 No. 4, Goldschmidt S. 547; gegen Grotefendt S. 6.

[3]) s. § 7 der Abhandlung.

Geschäftsunfähige die Kaufmannseigenschaft erwerben.[1]) Die Vorschrift der §§ 1645, 1823, 1897 B. G. B., wonach der gesetzliche Vertreter nicht ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes ein neues Erwerbsgeschäft im Namen des Vertretenen beginnen soll, ist nur Ordnungsvorschrift und berührt die Kaufmannseigenschaft nicht.[2]) Doch bringt es die Versäumnis des gesetzlichen Vertreters, gemäss §§ 1822 Abs. 3, 1643, 1897 die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes einzuholen, wenn ein Erwerbsgeschäft unentgeltlich erworben oder ein Gesellschaftsvertrag zum Betriebe eines Erwerbsgeschäftes eingegangen wird, mit sich, dass der Vertretene die Kaufmannseigenschaft nicht erwirbt.[3]) Denn es heisst im Gesetz, dass der Vormund der Genehmigung bedarf, womit dieses ausdrücken wollte, dass ohne die Genehmigung die betreffenden Geschäfte rechtsungültig sind.[4])

Das Geschlecht begründet, was die Geschäftsfähigkeit anbelangt, nach heutigem Recht keinen Unterschied, nicht so nach früherem. Deshalb musste das alte H. G. B. in Art. 6 noch bestimmen, dass eine Frau selbständig ein Handelsgewerbe betreiben kann, und deshalb bedarf es heute einer derartigen Vorschrift nicht mehr. Für Ehefrauen verlangt das alte H. G. B. in Art. 7 die Genehmigung des Ehemannes zum Erwerb der Kaufmannseigenschaft. Heute sind in dieser Beziehung die Ehefrauen nicht mehr beschränkt.

Heute wie früher ist die Frage, ob jemand Kaufmann ist, unabhängig von den Vorschriften des öffentlichen Rechts, nach welchem die Befugnis zum Gewerbebetrieb ausgeschlossen oder von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht ist. (Vgl. Art. 11 des alten und den erweiterten § 7 des neuen H. G. B.) Auch die Bestimmungen des H. G. B., nach denen gewissen

[1]) Staub S. 42, Anm. 11, Lehmann S. 8 No. 15 und 16, Goldmann S. 4 II, 1, Düringer S. 12 III, Cosack S. 44, Ritter S. 22, R. G. 8. Sept. 1903 in St. S. 36, S. 357.

[2]) Goldmann S. 6 Nr. 1, Düringer S. 13, Staub S. 42. Anm. 11, Breit in Lobe IV S. 393, Kammer-Gericht 6. Juni 1900, Johow Bd. 20 S. 160.

[3]) Staub S. 42 Anm. 11, Düringer S. 13 III, Goldmann S. 6, 1; gegen Ritter S. 22 III a, Cosack S. 45 e.

[4]) Breit a a O. S. 393.

Personen der Betrieb von Handelsgewerben versagt ist, hindern nicht, dass die dennoch vorgenommene Tätigkeit zum Kaufmann macht. (Vgl. §§ 60, 76, 236, 326 H. G. B.[1]) Ebensowenig hindern Verträge, die jemand den Betrieb eines Handelsgewerbes untersagen, z. B. solche, in die die in § 74 H. G. B. behandelte Konkurrenzklausel aufgenommen ist, den Erwerb der Kaufmannseigenschaft.[2])

§ 2.

Zweck und Wirkung der Minderkaufmannseigenschaft.

Sowohl nach altem wie nach neuem H. G. B. gibt es eine Art von Kaufleuten, die nicht den vollen Rechten und Pflichten des Kaufmannsstandes, nicht allen Rechtssätzen des H. G. B. unterworfen ist. Von dem Begriff des Kaufmanns ausgehend, führt das alte H. G. B. in Art. 10, das neue in § 4 diejenigen Kaufleute abschliessend auf, auf die nur ein Teil des Handelsrechts Anwendung finden soll.

Einen besonderen Namen hat keines der Gesetzbücher für diese Art von Kaufleuten ebensowenig wie für die Kaufleute, die keinen Einschränkungen unterliegen. Ihrem Charakter entsprechend hat die Wissenschaft[3]) im Gegensatz zu den Vollkaufleuten, auf die das Handelsrecht in vollem Umfange Anwendung findet, den Namen „Minderkaufleute“ für sie gebildet, andeutend, dass es sich um Kaufleute minderen Rechtes und minderer Pflichten handelt. Der daneben gebrauchte Ausdruck „Kaufleute minderen Rechtes“ trifft die Sache nicht völlig, da in diesem nicht liegt, dass auch die Pflichten geringere sind. Falsch ist dagegen die Bezeichnung „Kleinkaufmann“,[4]) da dieses Wort den Umfang des Betriebes andeutet, während nach altem Recht, wie noch zu zeigen, bestimmte Handelsgewerbe ohne Rücksicht auf den Umfang in eingeschränkter Beziehung gemäss Art. 10 dem Handelsgetzbuch unterstanden, und heute Handwerker unter § 4 auch dann fallen, wenn ihr Betrieb ein

[1]) Lehmann S. 46 Nr. 3.
[2]) Ritter S. 15 b.
[3]) Goldschmidt S. 521, 2, v. Hahn S. 109 § 2.
[4]) so Endemann Bd. 1 S. 147 ff.

umfangreicher ist.[1]) Andererseits ist mit dem geringen Umfang auch nicht immer die Minderkaufmannseigenschaft verknüpft; denn es sind die schon genannten Vereine, die § 6 Abs. 2 als solche bezeichnet, denen das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt, auch bei geringem Umfang dem § 4 nicht unterstellt (§ 6 Abs. 2).

Unter Minderkaufleuten versteht man nur die in § 4 Genannten, nicht etwa andere Personen, die weniger Rechte oder Pflichten haben als gewöhnliche Kaufleute. Nicht also sind Minderkaufleute die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, weil bei ihnen nach § 42 des Gesetzes vom 1. Mai 1889 keine Bestallungen von Prokuristen oder von Handlungsbevollmächtigten zum gesamten Geschäftsbetrieb stattfinden dürfen. Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind nicht etwa deshalb Minderkaufleute, weil ihr Handelsbetrieb gemäss § 36 nicht in das Handelsregister eingetragen zu werden braucht, und weil sie nach § 42 die Rechnungsabschlüsse in einer von den für andere Kaufleute geltenden Vorschriften abweichenden Weise vornehmen können. Minderkaufleute sind nicht die Inhaber der Nebengewerbe des § 3, weil sie nicht wie andere die Pflicht, sondern nur das Recht haben, ihre Eintragung in das Handelsregister herbeizuführen. Auch Gewerbetreibende, die einen offenen Laden haben, die sogenannten Detaillisten,[2]) sind nicht immer Minderkaufleute; das zeigt auch § 15 a Abs. 2 Gew.-O., wo von der Firma die Rede ist, die doch den Minderkaufleuten nach § 4 H. G. B. verschlossen ist. Minderkaufleute sind auch nicht durchaus die Mäkler des § 104, die die Vermittlung im Kleinverkehr besorgen. Sie werden allerdings meist unter § 4 fallen; doch damit, dass sie keine Tagebücher zu führen brauchen, ist nicht gesagt, dass ihnen ihre sonstigen Verpflichtungen, insbesondere die Handelsbuchführung, erspart sind, wenn ihr eigener Geschäftsbetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht.

Aus welchen Gründen hat nun der Gesetzgeber den Art. 10 bezw. den § 4 geschaffen? Wie dargelegt, ist es nur

[1]) s. § 6 d. Abhandlung S. 70 ff.
[2]) Ritter S. 20 VI, § 15 a Gew.-O.

die Gewerbeart, die zum Kaufmann macht; abgesehen von § 1 Ziff. 2 und 9, sowie Ziff. 5 z. T.,[1]) sowie von §§ 2 und 3 käme es auf die Erheblichkeit des Betriebes nicht an, selbst derjenige, der den geringfügigsten Handelsgewerbebetrieb ausübt, würde von dem Handelsgesetzbuche in vollem Umfange ergriffen werden. Dass aber das Handelsrecht nicht auf alle Handelsbetriebe voll Anwendung finden dürfe, ist von jeher herrschende Ansicht gewesen. Verkannt hat das Endemann.[2]) Er wollte alle Handeltreibenden in gleicher Weise beurteilt wissen; „denn nirgends zwischen dem geringsten Handelsbetrieb, z. B. dem Sammeln von Kamillen seitens einer Bettlerin und dem Umsatz von Millionen sei ein fester Punkt, an dem sich eine Unterscheidung, was Handel sei oder nicht, anlehnen mag, die grösste Rechtsgleichheit in diesem Sinne sei das letzte Ziel." Verbreiteter war die entgegenstehende Ansicht, man müsse die Kleingewerbetreibenden ganz vom Handelsrecht ausschliessen. Schon bei Beratung des alten H. G. B. waren Anträge gestellt, das Kleingewerbe und das Handwerk gänzlich vom Handelsrecht auszunehmen.[3]) In den Vorbesprechungen zum neuen H. G. B. kehrten solche Ansichten wieder.[4]) Die einen, besonders Gierke, wollten die Handwerker vom Handelsrecht ausschliessen, und zu diesem Zwecke auch zu § 1 Ziff. 1 den Zusatz machen „sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht." „Denn die Unterstellung unter das Handelsrecht bringe dem Handwerker nur Nachteile, er unterstehe als Kaufmann der Aburteilung des Handelsgerichts, er müsse dem Kaufmann, von dem er Waren beziehe, vom Tage der Fälligkeit an handelsübliche Zinsen zahlen, er unterliege bei seinen Einkäufen bei einem Kaufmann den strengen Bestimmungen über die sofortige Mängelrüge; andererseits seien die Vorteile, die er dafür eintausche, sehr gering, auch seinerseits könne er zwar von jedem

---

[1]) siehe unten, ferner § 3 und 6 d. Abhdlg.

[2]) Endemann in der Besprechung des Entwurfs eines H. G. B. S. 15 und 16.

[3]) Protokolle S. 513 ff., 1256 ff.

[4]) Kommissionsberichte S. 2 ff., Mat. 533 ff., Gierke in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 45 S. 456 ff., 2. Plenarberatung, sten. Ber. S. 5516 ff., Mat. S. 560 ff.

Kaufmann vom Tag der Fälligkeit an, von jedem anderen vom Tage des Verzugs an, die handelsüblichen Zinsen fordern, allein in der Praxis könne er kaum Zinsen fordern, da er sonst Gefahr laufe, seine Kundschaft einzubüssen." Ein anderer Antrag[1]) ging sogar dahin, das gesamte Kleingewerbe aus dem Handelsrecht auszuscheiden dadurch, dass man im § 1 Ziff. 2 und 9 streichen sollte die Worte „sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht" und als Absatz 3 hinzufügen „in den Fällen der Ziffern 1, 2 und 9 gilt jedoch der Gewerbebetrieb nur dann als Handelsgewerbe, wenn er über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht." „Denn die ganze Tendenz der auf Beschleunigung und raschen Umsatz im Warenverkehr abzielenden gesetzlichen Bestimmungen passe nicht auf den Mittelstand, den Krämer, der vermöge mangelnder Vorbildung und mangelnden Interesses die Bestimmungen des H. G. B. nicht kenne."

So völlig wollte man aber weder Handwerker noch allgemein Kleingewerbetreibende vom Handelsrecht ausschliessen; „denn", wie den Anträgen entgegen gehalten wurde,[2]) „die Nachteile der Unterstellung des Handwerks unter das Handelsgesetzbuch seien angesichts der Ausnahmebestimmungen des § 4 und des § 351 gering, andernteils die Vorteile doch nicht zu unterschätzen und, wenn die Kleinkaufleute ihrem Bildungsstande nach das Handelsgesetzbuch nicht genügend kennten, so müsste die Gesetzgebung erzieherisch eingreifen." Man wollte nur einige Rechte und Pflichten gewissen Gewerbetreibenden nehmen und schuf so die Minderkaufleute. Denn man hatte allerdings Bedenken, das Handelsrecht mit seinen für die Erhöhung der Verkehrssicherheit notwendigen Bestimmungen, die dem normalen Kaufmann gegenüber angebracht sind, auch auf die Kaufleute anzuwenden, die sich den andern gegenüber durch Geringfügigkeit oder Einfachheit des Betriebes abheben, z. B. die Vorschriften über das Handelsregister.

Es ist zwar erforderlich, dass eine ganze Reihe von besonderen Bestimmungen, die das H. G. B. gibt, auch auf sie Anwendung finden, doch sollen die Vorschriften, die durch ihre Gefährlichkeit wegen der darin festgelegten Formfreiheit (§§ 348

[1]) Kommiss. Ber. a. a. O.

[2]) Kom. Ber. a. a. O., auch Denkschr. S. 16, Mat. S. 201.

bis 350) oder durch ihre Lästigkeit (Handelsbücher) in keinem Verhältnis zu ihrem Betrieb stehen, ihnen gegenüber keine Geltung haben. So hat der kleine Kaufmann selten eine Ausbildung kaufmännischer Art genossen, weshalb die Vorschriften, die eine derartige Ausbildung voraussetzen, für ihn in Wegfall gebracht sind, z. B. die über Handelsbücher, Handelsgesellschaften. Auch würde die für diese kaufmännische Geschäftsführung aufgewandte Mühe im Vergleich zu dem Gewinn, der dabei heraussprungt, zu gross sein; das Fehlen von Kapital wird den kleinen Kaufmann andererseits hindern, sich einen Buchhalter, der kaufmännische Bildung besitzt, zu nehmen.[1])

Die Bestimmungen, die das H. G. B. auf Minderkaufleute nicht angewendet wissen will, sind mannigfach. Zu bemerken ist jedoch zunächst, dass diese ausgenommenen Bestimmungen, soweit sie dispositiver Natur sind, durch Parteivereinbarung auf Minderkaufleute ausgedehnt werden können.[2])

Das alte H. G. B. hatte in Art. 273, 3 eine Bestimmung, nach welcher die Weiterveräusserungen, welche von Handwerkern vorgenommen wurden, insoweit dieselben nur in Ausübung ihres Handwerksbetriebes geschahen, als Handelsgeschäfte nicht zu betrachten waren. Das neue H. G. B. kennt keine Vorschriften mehr, die nur auf eine Klasse von Minderkaufleuten keine Anwendung finden; seine Ausnahmevorschriften beziehen sich auf alle Minderkaufleute in gleicher Weise.

Nach § 4 finden einige Institute des H. G. B. auf Minderkaufleute keine Anwendung. So wird der Minderkaufmann durch die Vorschriften über die Firmen nicht betroffen, insbesondere ist ihm auch gemäss § 29 die Eintragung ins Handelsregister versagt. Das Gesetz meint, wenn es einen seiner Abschnitte als auf die Minderkaufleute nicht anwendbar erklärt, jedesmal diesen Abschnitt mit allen seinen Bestimmungen, auch wenn einzelne Vorschriften auf den Titel keine unmittelbare Beziehung haben. Es ist deshalb der vielfach auftretenden Meinung nicht beizupflichten, dass z. B. die Vorschriften der §§ 25—27 über die Haftung des Geschäftsnachfolgers auch den

[1]) Grotefendt S. 29.

[2]) Staub S. 77, Anm. 18, Behrend § 36, Anm. 19, vgl. § 7 d. Abhdlg. S. 89 ff.

Minderkaufmann treffen, zumal auch diese Paragraphen von dem Fortführen oder Nichtfortführen der bisherigen Firma und den dadurch eintretenden Rechtsfolgen sprechen.[1]) Auch hat der Minderkaufmann nicht etwa den Schutz des § 37 H. G. B. Dieser Paragraph schützt nur das kaufmännische Firmenrecht, nicht etwa allgemein jedes Recht, das durch unbefugte Firmenführung verletzt wird.[2]) Der Minderkaufmann hat in solchem Falle einmal den Schutz des § 12 B. G. B., nach welchem er Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen kann, wenn jemand unbefugt seinen Namen gebraucht. Ferner kann er den § 8 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs für sich anführen, wenn jemand im geschäftlichen Verkehr einen Namen oder eine Firma benutzt, die darauf berechnet und geeignet sind, Verwechslungen mit seinem Namen hervorzurufen. Auch der Schadensersatzanspruch der §§ 823 ff. B. G. B. bleibt ihm unbenommen. Endlich hat er gegebenen Falls den Schutz des § 14 Abs. 1 des Gesetzes zum Schutz der Warenbezeichnung vom 12. Mai 1894, wenn jemand Waren, Verpackungen usw. mit seinem Namen versieht. Dass der Minderkaufmann den Schutz des letztgenannten Gesetzes hat, insbesondere dass er auch sein Warenzeichen schützen lassen kann, ist hervorzuheben, da diese Möglichkeit nach dem früheren Gesetz über Markenschutz vom 30. November 1874 nicht gegeben war.[3]) Der Grund liegt darin, dass das frühere Gesetz das Erfordernis der Firma aufstellte, während das jetzige nicht mehr den Besitz einer Firma von dem zum Schutz Berechtigten verlangt.[4])

Auf die Minderkaufleute findet ferner der Abschnitt über Handelsbücher keine Anwendung. Sie haben vor allem nicht die Pflicht, Handelsbücher zu führen, ein Inventar aufzunehmen und Bilanzen zu ziehen. Falls sie Bücher führen, brauchen sie

---

[1]) mit Lehmann S. 40 ff. No. 7, Düringer S. 55, 5a, Gareis S. 23, 2, Makower S. 57 IIb, R. G. Z. S. Bd. 55, S. 83 ff. v. 8. Juni 1903, Goldschmidts Zeitschr. Bd. 34, S. 566, O. L. G. Rostock v. 4. März 1884 gegen Staub S. 145, Anm. 29, Goldmann S. 102 a. a.

[2]) mit Düringer S. 55, 5a gegen v. Hahn S. 110 § 3, Staub S. 76, Anm. 12, Lehmann S. 41 No. 7, Bovensiepen S. 35 u. a.

[3]) Puchelt S. 36, 2.

[4]) Staub S. 76, Anm. 12, Gareis S. 23, 2, Bovensiepen S. 36, Grotefendt S. 80.

die Bestimmungen des Abschnittes „Handelsbücher“ nicht zu beobachten. Die Bestimmungen über Prokura haben keine Geltung für den Minderkaufmann, er kann also keinen Prokuristen bestellen; nicht aber ist ihm versagt, einen Handlungsbevollmächtigten zu nehmen, da die betreffende Ausnahmevorschrift des § 4 ihrem Wortlaut nach sich nur auf die Prokura bezieht. Dem Minderkaufmann ist die Befugnis genommen, sich mit anderen zu einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft zu vereinigen. Zu welchen Arten von Vereinigungen sich Minderkaufleute zusammentun können, ist in § 7 der Abhdlg. zu zeigen.

Wichtig ist ferner die Vorschrift des § 351 H. G. B. Durch diese Bestimmung ist der Minderkaufmann auch auf rechtsgeschäftlichem Gebiete einigen Ausnahmevorschriften unterworfen. Während die Bestimmungen des § 4 sich schon im alten H. G. B. fanden, ist die des § 351, nach dem die §§ 348—350, die wiederum Bestimmungen des B. G. B. für Kaufleute ausser Kraft setzen, auf Minderkaufleute keine Anwendung finden, neu. Es kann danach eine von einem Minderkaufmann versprochene unverhältnismässig hohe Konventionalstrafe im Gegensatz zu der von anderen Kaufleuten versprochenen durch Urteil herabgesetzt werden. Falls er Bürge ist, steht ihm anders als dem Vollkaufmann die Einrede der Vorausklage zu. Zur Gültigkeit einer Bürgschaft, eines Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses eines Minderkaufmanns bedarf es der Erfüllung der Formvorschriften des B. G. B., d. h. der schriftlichen Form, während diese bei Vollkaufleuten entfällt.

Soweit es sich um ausdrückliche Ausnahmebestimmungen handelt, wäre die besondere Stellung der Minderkaufleute nach dem H. G. B. dargelegt. Eine abweichende Behandlung wird jedoch wie schon nach altem Recht, so auch heute nach manchen Paragraphen, die die Minderkaufleute nicht hervorheben, gegeben sein.[1]) So hatte schon das Reichsoberhandelsgericht ausgesprochen, dass das Verhalten der Minderkaufleute, insbesondere ihr passives Verhalten, nicht mit demselben Massstabe gemessen werden

[1]) Staub S. 77, Anm. 17, Düringer S. 56.

könne wie das der Vollkaufleute.[1]) Es wird die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns gemäss § 347 eine andere beim Minderkaufmann als beim Vollkaufmann sein. Wenn es in § 377 heisst, dass der Käufer unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit das nach dem ordnungsmässigen Geschäftsgang tunlich ist, die Ware untersuchen müsse, so wird auch dieser Geschäftsgang bei den verschiedenen Arten von Kaufleuten verschieden zu beurteilen sein. Verzug und Fahrlässigkeit wird beim Minderkaufmann einer besonderen Beurteilung unterliegen. Zu § 346 ist zu sagen, dass die bei Minderkaufleuten in Betracht kommenden Gewohnheiten und Gebräuche besonderer Natur sein können.[2]) Endlich wird sich für sie ein eigenartiges Handelsgewohnheitsrecht, z. B. beim Kontokurrent, herausbilden können.[3])

Auch aus anderen Gesetzen ist eine abweichende Behandlung der Minderkaufleute zu entnehmen, ja es richtet sich die Anwendung ganzer Gesetze danach, ob jemand Vollkaufmann oder Minderkaufmann ist. Doch ist hier zu betonen, dass in diesen Gesetzen oft von dem Kaufmann die Rede ist, der nicht ins Handelsregister eingetragen ist, so dass der zu Unrecht eingetragene Minderkaufmann den Vollkaufleuten gleichzustellen ist.[4]) So findet keine Anwendung das Gesetz vom 16. Mai 1894 betr. die Abzahlungsgeschäfte gemäss § 8, wenn der Empfänger der Ware als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist. Nicht ganz zutreffend sagt deshalb z. B. Cosack,[5]) dass das Gesetz keine Anwendung findet, wenn der Empfänger registrierter Vollkaufmann ist. Ferner kann nach § 113 G. V. G. zum Handelsrichter ernannt werden, wer als Kaufmann ins Handelsregister eingetragen ist. Auch das aktive und passive Wahlrecht zur Handelskammer hat meist nach den betreffenden Landesgesetzen nur der, der als Kaufmann ins Handelsregister eingetragen ist, während dieser auch allein Beiträge zu leisten

---

[1]) R. O. H. G. 27. Juni 1874 Bd. 13 S. 440, vgl. auch R. O. H. G. v. 22. Juni 1871 Bd. 2 S. 442 ff.

[2]) Behrend S. 192, Anm. 7.

[3]) R. O. H. G. Bd. 2 S. 442 ff., Bd. 13 S. 439 ff.

[4]) vgl. § 9 d. Abhdlg. S. 106.

[5]) Cosack S. 174 Nr. 6.

hat.[1]) Die Novelle zum Wuchergesetz vom 19. Juni 1893 bestimmt in Art. 4 Abs. 3 Ziffer 3, dass die in Abs. 1 verlangte Rechnungslegung nicht stattzufinden braucht zwischen Kaufleuten, deren Firma ins Handelsregister eingetragen ist.

Andere dieser Gesetzesbestimmungen beziehen sich auf jeden Minderkaufmann, auch auf den zu Unrecht eingetragenen, in gleicher Weise, wobei allerdings § 5 H. G. B. zu berücksichtigen ist, wonach demjenigen gegenüber, der sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden kann, dass das unter der Firma betriebene Gewerbe zu den in § 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre.[2]) So werden die Minderkaufleute nicht betroffen durch das Gesetz betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896 gemäss § 13 des Gesetzes. Da § 239 Nr. 3 und § 240 Nr. 3 nur für die Kaufleute Strafen androhen, die Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, so werden Minderkaufleute durch diese Bestimmungen nicht getroffen. Ebenso unterliegt der Minderkaufmann einer besonderen Behandlung nach § 8 Ziff. 3 des Reichsstempelgesetzes vom 14. Jan. 1900. Danach ist zur Entrichtung der in der Tarifnummer 4 angeordneten Abgabe bei Kauf und sonstigen Anschaffungsgeschäften, wenn von den Kontrahenten nur der eine ein im Inland wohnhafter Kaufmann ist, dem nach § 38 des H. G. B. die Führung von Handelsbüchern obliegt, zunächst der letztere verpflichtet.[3]) Von den Rechtsstreitigkeiten, die nach § 101 G. V. G. vor die Kammern für Handelssachen gehören, sind einige solche, die nur Vollkaufleute betreffen, z. B. die der Nummern 3a und b. z. T., wenn es sich um Rechtsverhältnisse handelt zwischen den Mitgliedern einer Handelsgesellschaft oder um Rechtsverhältnisse, welche das Recht zum Gebrauch einer Handelsfirma betreffen. Die entsprechenden Prozesse der Minderkaufleute, z. B. solche, die eine zwischen ihnen geschlossene Gesellschaft oder das Recht zur Führung des Namens nach § 12 B. G. B. betreffen, gehören nicht vor

[1]) z. B. des preuss. Ges. über die Handelskammern v. 19. Aug. 1897, § 3 Abs. 2, Ziff. 1 und § 7.

[2]) vgl. § 9 d. Abhdlg.

[3]) Bovensiepen S. 42.

die Kammer für Handelssachen, und der Beklagte hat gemäss § 103 G. V. G. das Recht, den Antrag auf Verweisung an die Zivilkammer zu stellen.

Mit dem Umstande, dass den Minderkaufleuten das Firmenrecht versagt ist, hängt zusammen, dass zwar § 15 a I der Gew.-Ord. auf sie Anwendung findet, nach dem sie ihren Familien- und Vornamen an der Aussenseite des Ladens anzubringen haben, nicht aber § 15 a II, worin den Kaufleuten, die eine Handelsfirma haben, bezüglich dieser die gleiche Verpflichtung auferlegt ist. In dieser Beziehung erfuhren die Minderkaufleute nach bisherigem Recht eine andere Behandlung. Die Polizeiverordnungen sorgten dafür, dass sie, die eine Firma nicht hatten, ihren vollen bürgerlichen Namen auf dem Ladenschild anbringen liessen. Einen Vollkaufmann konnten sie dazu nicht veranlassen; denn er hatte nicht die Pflicht, für seinen Geschäftsbetrieb sich seines bürgerlichen Namens noch neben der Firma zu bedienen.[1])

§ 3.

Der Kreis der Minderkaufleute.

Im alten H. G. B. wurde der Kreis der Minderkaufleute durch Art. 10 bestimmt. Dieser nannte: „Höker, Trödler, Hausierer und dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetriebe, ferner Wirte, gewöhnliche Fuhrleute, gewöhnliche Schiffer und Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht."

Das waren Handelsgewerbe, bei denen man allerdings voraussetzte, dass sie Kleinbetriebe seien, die aber auch dann ihre Inhaber zu Minderkaufleuten machten, wenn der Betrieb im einzelnen Falle die Grenzen des Kleingewerbes überschritten hatte.

Eine allgemeine Bestimmung, die alle Kleinbetriebsinhaber zu Minderkaufleuten machte, gab es nicht. Manche erblickten wohl in der Formel „dergleichen Leute von geringem Gewerbebetriebe" einen Hinweis auf jedes Kleingewerbe.[2]) Die herrschende

[1]) Staub in d. D. J. Z. I S. 191, Jacobsen S. 29.

[2]) Anschütz I S. 79 ff., Thöl § 39 dagegen v. Hahn S. 113 § 9, Goldschmidt S. 528, Anm. 36, Puchelt I S. 37 No. 5, Denkschrift S. 15, Mat. S. 201 u. a.

Ansicht legte jedoch das „dergleichen“ so aus, dass es auf die Art des Geschäfts Bezug hätte, dass dadurch nur solche Gewerbe betroffen würden, die denen der Höker, Trödler und Hausierer verwandt oder wenigstens ähnlich wären. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich einmal aus den Beratungen zum alten H. G. B., bei denen der Antrag, den in Art. 10 genannten Minderkaufleuten noch andere hinzuzufügen, ebenso wie der Antrag, ohne jede Aufzählung allgemein jeden Gewerbebetrieb von geringfügigem Umfang auszuschliessen, abgelehnt wurden.[1]) Das Wort „dergleichen“ würde ferner, wenn jeder geringe Gewerbebetrieb getroffen wäre, ebenso überflüssig sein wie die Aufzählung einzelner Gewerbe nach der allgemeinen Formel.

Die sonst festzuhaltende Regel, dass die in Art. 10 genannten Gewerbe auch bei Grossbetrieb zu den Minderkaufleuten gehörten, wurde allerdings durch die Formel „dergleichen Leute von geringem Gewerbebetrieb“ durchbrochen, da diese eben nur bei geringem Betrieb Minderkaufleute waren. Der Ansicht[2]) ist nicht beizupflichten, dass auch Höker, Trödler und Hausierer nur bei geringem Gewerbebetriebe als Minderkaufleute galten; denn dass die drei genannten Gewerbe für sich allein zu betrachten sind, ergeben einmal die Protokolle,[3]) aus denen hervorgeht, dass in dem ursprünglich eingebrachten Antrage nur diese drei Gewerbe genannt waren und dass man erst während der Beratung den Beschluss fasste, den betreffenden Zusatz zu machen. Ein weiterer Beweis dafür ist das Fehlen eines Kommas zwischen „Handelsleute“ und „von geringem Gewerbebetriebe“, das sinngemäss dastehen müsste, sollte sich der letztere Ausdruck auf alle vorgehenden Gewerbe beziehen.[4]) Eine Durchbrechung der obengenannten Regel lag auch nicht in dem Ausdruck „Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht“, da dadurch jeder Handwerker, soweit sein Betrieb handwerksmässig war, unter Art. 10 gezogen wurde.[5])

---

[1]) Protokolle S. 1261, Goldschmidt S. 529, Anm. 36.

[2]) Anschütz I S. 79 ff., Thöl § 39, dagegen Puchelt I S. 37, 5, Goldschmidt S. 528, Anm. 36, v. Hahn 1. S. 112 § 8.

[3]) Protokolle S. 1263. [4]) Puchelt I S. 38. Nr. 5.

[5]) s. § 6 d. Abhdlg. S. 79.

Der Standpunkt des alten H. G. B. war also der: Abgesehen von der genannten Ausnahme führte der Umfang des Unternehmens nicht die Minderkaufmannseigenschaft herbei, so dass selbst das grösste Hotel, der umfangreichste Trödelbetrieb kraft positiver Bestimmung von Art. 10 betroffen wurden.

Diese Unzuträglichkeiten zu beseitigen, war dem Landesrecht Gelegenheit gegeben durch Abs. 3 des Art. 10, der lautete: „Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, zu verordnen, dass die bezeichneten Bestimmungen auch noch für andere Klassen von Kaufleuten ihres Staatsgebiets keine Anwendung finden sollen. Ebenso können sie aber auch verordnen, dass diese Bestimmungen auf einzelne der genannten Klassen oder dass sie auf alle Kaufleute ihres Staatsgebiets Anwendung finden sollen." Das Landesgesetz konnte also die Grenzen der Minderkaufleute sowohl weiter als enger ziehen. Von diesem Vorbehalt wurde in der ausgiebigsten Weise Gebrauch gemacht.[1])

Es ist die Meinung[2]) aufgetaucht, dass die Bestimmungen, die das alte H. G. B. über Minderkaufleute gab, durch Art. 22 Abs. 1 E. G. des neuen in gewisser Weise ihre Geltung behielten; denn dessen Vorschrift, dass die zur Zeit des Inkrafttretens des H. G. B. im Handelsregister eingetragenen Firmen weitergeführt werden könnten, soweit sie nach den bisherigen Vorschriften geführt werden durften, gestatte allen vor 1900 Eingetragenen die Beibehaltung der Eintragung, und so könnten denn auch solche Kaufleute, die nach altem Recht als Vollkaufleute eingetragen waren, nach neuem Recht aber Minderkaufleute wären, auf diese Weise Vollkaufleute bleiben. Dem ist nicht beizustimmen; denn, wie besonders aus Absatz 2 des Art. 22 hervorgeht, bezieht sich dieser Artikel nur auf die Form der Firma, die Berechtigung zur Führung einer Firma wird nicht berührt. Die Stellung eines jetzigen Minderkaufmanns, der versehentlich nicht gelöscht worden ist, richtet sich nach § 5 H. G. B.[3])

---

[1]) v. Hahn I S. 118 § 18, Goldschmidt S. 541, Anm. 49, Ritter S. 21 VIII.

[2]) Weiss S. 36, Anm. 4, dagegen Lehmann S. 39 No. 4, K. G. v. 14. März 1904, Recht 1904 S. 256.

[3]) s. § 9 d. Abhdlg. S. 101.

Nach heutigem Handelsrecht bilden die in § 4 aufgezählten Handelsgewerbetreibenden den Kreis der Minderkaufleute, also „die Handwerker, sowie die Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht."

Der § 4 hat von einer Aufzählung der einzelnen Kleingewerbe im allgemeinen abgesehen. Es ist die Formel geschaffen worden: „Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht." Die Vorschrift lehnt sich an an die Praxis der Gerichte, die vielfach eine derartige allgemeine Bestimmung schon nach altem Recht als bestehend annahmen, auch wenn nicht, wie es in manchen Bundesstaaten der Fall war, die Ausführungsverordnungen zum alten H. G. B. eine derartige Regelung getroffen hatten. Man sah den Mangel des Art. 10, nach dem immer noch eine grosse Anzahl von Kleingewerbetreibenden in das Handelsregister eingetragen werden mussten, obgleich für sie die Unterwerfung unter die für Vollkaufleute geltenden Vorschriften höchst unzweckmässig erschien. Man empfand es als Ungerechtigkeit, dass diese z. B. wegen kaufmännischen Bankerutts zu bestrafen waren, obgleich sie meist selbst in Unkenntnis über ihre Vollkaufmannseigenschaft waren.[1])

Wie ausgeführt, entschied im grossen und ganzen für die Minderkaufmannseigenschaft nach altem Recht die Art, der Gegenstand des Gewerbebetriebes, heute ist, abgesehen von den Handwerkern, nur der Umfang für die Einreihung massgebend.[2])

Die gewöhnlichen Fuhrleute und Schiffer, Höker und Hausierer und dergleichen Leute von geringem Gewerbebetrieb werden wohl auch heute immer zu den Minderkaufleuten gehören, meist auch Wirte und Trödler. Doch da sie § 4 nicht kategorisch in die Reihe der Minderkaufleute weist, sondern nur, wenn sie wirklich ein Kleingewerbe betreiben, so ist ihnen die Vollkaufmannseigenschaft nicht verschlossen, was besonders für Wirte wichtig ist. Andererseits sind die Gewerbe, die in Art. 10 nicht aufgezählt waren und deshalb ohne Rücksicht darauf, ob sie Gross- oder Kleingewerbe waren, den Vollkaufleuten zu-

[1]) Denkschr. S. 15, Mat. S. 201, Goldmann S. 30 I 2., Lotze S. 407, Bovensiepen S. 14.

[2]) s. §§ 5 und 6 d. Abhdlg. S. 54 ff. und S. 70 ff.

gewiesen waren, heute nur dann dazu zu zählen, wenn ihr Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht.

Der Vorbehalt, den Art. 10 Abs. 3 den Landesgesetzen machte, ist gefallen. Nach § 4 Abs. 3 sind die Landesregierungen nur befugt, Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen näher festgesetzt wird. Es ist also eine mehrfache Änderung eingetreten. Nicht die Landesgesetzgebung, sondern die Landesregierung hat ein Recht bekommen. Die Landesgesetzgebung hat nur insofern noch eine Mitwirkung, als ihr zu regeln überlassen ist, welche Regierungsorgane für die Festsetzung zuständig sein sollen.[1]) Das Recht der Landesregierung besteht nicht mehr darin, dass die Vorschriften für Minderkaufleute auf andere Klassen von Kaufleuten ausgedehnt oder für einzelne Klassen oder alle Kaufleute in Wegfall gebracht werden können; nicht einmal die Klassen darf die Landesregierung näher festsetzen, einzig und allein die nähere Festsetzung der Grenze zwischen Kleingewerbe und Grossgewerbe ist ihr vorbehalten.[2]) Daraus ist ersichtlich, dass bei Handwerkern die Landesregierung nicht einmal das Recht der näheren Festsetzung hat. Bei der Beschränkung der Befugnis auf Kleingewerbetreibende lag augenscheinlich die Erwägung zu Grunde, dass die Zuweisung gewisser Betriebe zum Handwerk oder Nichtmehrhandwerksmässigen zu schwierig, ja, eine allgemeine Grenze zu ziehen, ganz unmöglich sei.[3])

Wie ausgeführt, kann nur der Minderkaufmann sein, der Kaufmann ist, doch kann nicht jeder Kaufmann Minderkaufmann sein. So sagt § 6 Abs. 2, dass Vereine, denen das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt, nicht Minderkaufleute sein können. Es sind das, wie schon erwähnt, die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftpflicht.

[1]) Goldmann S. 33 I, vgl. preuss. A. G. Art. 1.
[2]) Kaufmann: wesentl. Untersch. S. 9, Lehmann S. 39 No. 4.
[3]) vgl. § 6 d. Abhdlg. S. 70.

Minderkaufleute können ferner nur die sein, die eins der in § 1 genannten Handelsgewerbe betreiben; Minderkaufleute nach §§ 2 und 3 sind nicht denkbar. Manche[1]) folgern das daraus, dass für die nach §§ 2 und 3 in Betracht kommenden Gattungen von Kaufleuten das Vorliegen eines Unternehmens erfordert werde, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordere, dass also Handwerker und Kleingewerbetreibende nie Kaufleute jener Gattungen sein könnten. Da wir der Ansicht sind, dass das Handwerksmässige nicht immer entfällt, wenn ein Betrieb nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert,[2]) so können wir diese Wortfassung des § 2 nicht als Hinderungsgrund für die Möglichkeit ansehen, dass es Minderkaufleute nach § 2 und nach § 3, der ja in dieser Beziehung auf § 2 verweist, gibt. Dagegen steht dem entgegen, dass die Vorschriften über die Firmen und die damit zusammenhängende Eintragung ins Handelsregister[3]) (vgl. § 29 H. G. B.) keine Anwendung finden sollen auf Handwerker und Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, also auf sämtliche Minderkaufleute, während doch die in §§ 2 und 3 genannten Unternehmungen als Handelsgewerbe erst dann gelten, wenn die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen ist. Ist also ein Betrieb, der nach §§ 2 und 3 eingetragen werden könnte, so beschaffen, dass § 4 auf ihn Anwendung findet, so macht er seinen Inhaber nicht zum Minderkaufmann, sondern zum Nichtkaufmann.[4])

Um feststellen zu können, ob ein Betrieb seinen Inhaber zum Minderkaufmann machen kann, benötigt es also zunächst einer Untersuchung, ob er unter eine der neun Ziffern des § 1 fällt. Steht fest, dass er von diesen nicht ergriffen wird, so ist der Inhaber Nichtkaufmann, der jedoch Vollkaufmann werden

[1]) Staub S. 65, Anm. 10 und S. 73, Anm. 7, Makower S. 18 II, Jacobsen S. 15.

[2]) s. § 6 d. Abhdlg. S. 76 und S. 83 ff.

[3]) das ausserdem, wie Lastig S. 70 sagt, bereits nach der im alten H. G. B. auftretenden Ansicht in erster Linie Firmenregister ist und heute, wenigstens in Preussen, in Firmenfolien zerfällt.

[4]) Lehmann S. 31 No. 4, S. 36 No. 6, Lotze S. 408, Lastig S. 33, Bang S. 43, Plange S. 7 ff., auch Staub S. 73 ff., Anm. 7.

kann, wenn die Voraussetzungen der §§ 2 oder 3 gegeben sind.[1]) Um ein vollständiges Bild des Kreises der Minderkaufleute zu gewinnen, ist es daher notwendig, zu untersuchen, welche einzelnen Gewerbe der § 1 umfasst. So sagt Lehmann:[2]) „Gelingt es, den Zwang der Firmeneintragung in Gemässheit des § 2 praktisch durchzuführen, so wird für die Praxis die Untersuchung der Frage, ob die Voraussetzung des § 1 Abs. 2 vorliege, eigentlich nur für die Minderkaufleute Bedeutung behalten". Daneben bedarf es allerdings auch der Feststellung, ob nicht etwa eines der dort genannten Gewerbe aus anderen Gründen, die sich aus § 1 ergeben, ein minderkaufmännisches nicht sein kann. Hingegen soll die Frage, ob nur Handwerker oder nur Kleingewerbetreibende sich nach den einzelnen Ziffern denken lassen, bei den betreffenden Paragraphen der Abhandlung behandelt werden. Bei der Untersuchung des § 1 genügt es im allgemeinen, in kurzen Zügen anzugeben, welche Gewerbebetriebe, die praktisch ihre Inhaber zu Minderkaufleuten machen könnten, nicht unter § 1 fallen, insbesondere die Grenzfälle zu beleuchten.

Ziff. 1, der die Ziff. 1 und 2 des Art. 271 des alten H. G. B. zusammenzieht, enthält die Urform des Handelsbetriebs, das Einkaufen von Waren (vgl. Art. 271 No. 1 d. alten H. G. B.) und deren Weiterverkauf. Doch ist das nicht die einzige Handelsgewerbsform, die darunter fällt. Dass dies der Fall sei, behauptet allerdings Voss.[3]) Er übersieht, dass Anschaffungsgeschäft nicht nur das Kaufgeschäft, sondern „jedes Rechtsgeschäft unter Lebenden ist, das für den Anschaffenden entgeltlichen, abgeleiteten Erwerb zu Eigentum mit sich bringt",[4]) dass also neben anderen vor allem auch Tausch und Werklieferungsvertrag darunter fallen. Das Wort „anschaffen" schliesst jedoch aus den originären Erwerb und die Urproduktion, den beschränkten dinglichen Erwerb, z. B. des Pfandleihers.

---

[1]) mit Ausnahme jedes Handwerks als solchen, s. § 6 d. Abhdlg. S. 83 ff.

[2]) Lehmann S. 16 No. 38.

[3]) Voss in D. J. Z. 1903 S. 44, dageg. Orthal in D. J. Z. 1903 S. 197.

[4]) R. G. in Z. S. Bd. 31 S. 18 ff.

Die Weiterveräusserung umfasst dieselben Rechtsgeschäfte wie die Anschaffung, so dass z. B. nicht unter Ziff. 1 fallen die Leihbibliothekare, die Inhaber von Reitinstituten und Fahrradverleihanstalten.

Der Begriff „Sachen" erfordert zunächst, dass es sich um körperliche Gegenstände handelt, so dass hier der Erwerb von Rechten, z. B. Urheber- oder Patentrechten entfällt. Es muss sich ferner um bewegliche Sachen handeln, so dass z. B. derjenige, der gewerbsmässig Grundstücke kauft und verkauft, nicht ergriffen wird. Die Sachen müssen als bewegliche weiter veräussert werden, so dass der Bauunternehmer, der Baumaterialien anschafft, um damit ein Haus zu erbauen, nicht unter Ziffer 1 fällt, ebensowenig derjenige, der Sachen zum Ausbau eines bestehenden Gebäudes verwendet.[1]) Immer dann ist ferner die Anwendung der Ziff. 1 unmöglich, wenn die veräusserte Sache mit der angeschafften nicht mehr identisch ist, da man dann nicht mehr von blosser Be- und Verarbeitung sprechen kann. Eine besonders wichtige Folge dieses Satzes ist die, dass die Fruchterzeugung nicht zum Kaufmann nach No. 1 macht, so dass hier der Gärtner, der Samen kauft und Pflanzen verkauft, derjenige, der Hühner anschafft und Eier veräussert, auszuschalten sind.[2]) Dagegen ist hierherzurechnen das Aufziehen, Mästen und Dressieren von Tieren, weil dabei die Sache dieselbe bleibt.[3])

Zu Wertpapieren gehören nur Urkunden, die das verbriefte Recht dergestalt verkörpern, dass sie das Mittel seiner Verwertung bilden und somit den Wert des Rechtes in sich tragen, nicht anderweite vermögenswerte Rechte mit den ihnen zugehörigen Urkunden,[4]) also nicht z. B. Hypothekenbriefe, Grundschuldbriefe, (ausser auf den Inhaber), Rentenschuldbriefe.

---

[1]) u. a. Staub S. 51, Anm. 43, Lehmann S. 21 No. 51, Goldmann S. 13 III, Ritter S. 11, R. G. in St. S. B. 14, S. 233 v. 26. Okt. 1885, in St. S. Bd. 33 S. 421 v. 26. Okt. 1900, in Kaufmann Rechtspr. 1904 S. 2 v. 17. Dez. 1903 O. L. G. Darmstadt Recht 1903 S. 161 v. 30. Mai 1902.

[2]) Goldschmidt D. 569, v. Hahn II S. 22.

[3]) v. Hahn II S. 23 und 31, Goldmann S. 14 I 1, Staub S. 54, Anm. 55.

[4]) Gierke S. 902, Düringer S. 30, 3, Goldmann S. 13. II. 2, Staub 50, Anm. 39, v. Hahn II S. 9 § 7.

Ausserdem muss es sich um solche Wertpapiere handeln, die für den Handelsverkehr in Betracht kommen, so dass hier allgemeiner Ansicht nach die Rektapapiere entfallen, da die zu deren Übertragung erforderliche Cession als eine den Umlauf erschwerende Form sie als für den Handelsverkehr ungeeignet erscheinen lässt.[1])

Unter Ziff. 2 fällt die Be- oder Verarbeitung für andere. Für Ziff. 1 war die Feststellung des Begriffs der Be- und Verarbeitung gegenüber den Fällen, wo man von einer solchen nicht reden kann, nicht wesentlich, hier ist sie aber entscheidend für die Annahme der Kaufmannseigenschaft. Andererseits ist es auch hier nicht notwendig, die Unterscheidungsmerkmale zwischen Bearbeitung und Verarbeitung festzustellen. Zur Bearbeitung ist nicht erforderlich, dass eine Substanzveränderung vorliegt;[2]) so fallen auch Kleiderreinigungs- und Waschanstalten unter Nr. 2. Auch der, der planmässig die Naturkräfte ausnutzt, indem er den Stoff in eine Lage bringt, dass diese einwirken können, z. B. beim Bleichen, bearbeitet, obgleich die menschliche Arbeit den Erfolg nicht selbst herbeiführt. Es genügt, dass überhaupt eine menschliche Tätigkeit vorliegt, wenn diese auch einen nur mittelbaren Einfluss hat, so dass allerdings ein blosses Eintrocknen oder Schwinden keine Bearbeitung ist.[3]) Bezüglich der Grenze zwischen Be- und Verarbeitung einerseits und andererseits den Fällen, in denen die Sache als nicht mehr identisch in die Hände des Bestellers zurückkommt, ist auf die Ausführung zu Ziff. 1 hinzuweisen. Der Begriff „Ware“ lässt auch bei Ziff. 2 die Be- und Verarbeitung unbeweglicher Sachen entfallen, so dass eine grosse Gruppe von Handwerkern wie Maurer, Zimmerer, Schornsteinfeger, Zimmermaler nicht darunter fallen. Auch hier muss die Ware nach der Be- oder Verarbeitung Ware bleiben, so dass z. B. die Übernahme der Verarbeitung in ein Grundstück nicht hierher gehört.[4]) Dazu, dass

[1]) Denkschr. S. 10, Mat. S. 196, Staub S. 49, Anm. 37, Goldmann S. 13 II 2, Düringer S. 30, 3, Lehmann S. 20 Nr. 49, Makower S. 10c. R. G. in Z. S. Bd. 10 S. 40 v. 10. Juni 1881, Bd. 16 S. 87 v. 7. Okt. 1886.

[2]) R. G. in St. S. B. 22 S. 272 v. 2. Okt. 1891.

[3]) Lehmann S. 21 Nr. 52.

[4]) Staub S. 53, Anm. 53, Lehmann S. 22, Ritter S. 11, 2.

die Bearbeitung für andere erfolgen muss, ist zu sagen, dass der Besteller, nicht etwa der Unternehmer das Material liefern muss. So entfällt auch hier der Urproduzent.[1])

Ziff. 3 zeigt durch die Wahl der Worte, dass ein reines Versicherungsunternehmen auf Gegenseitigkeit nicht darunter fällt.

Unter Ziffer 4 fallen nur diejenigen Geschäfte, die dem Bankier- oder Geldwechslergewerbe eigentümlich sind.[2]) Nicht notwendig ist, dass es sich um einen Bankier oder Geldwechsler handelt. Wer z. B. gewerbsmässig ein Bankiergeschäft betreibt, ohne dass er sich auch mit den andern Geschäften befasst, die den Bankierbegriff ausmachen, ist noch nicht als Bankier zu bezeichnen und ist doch nach § 1 Ziff. 4 Kaufmann. Dagegen macht das gewerbsmässige Betreiben von Geschäften, die zwar im Handelsgewerbe des Bankiers oft vorkommen, aber doch ihm nicht eigentümlich sind, nicht zum Kaufmann nach § 1 Ziff. 4. So ist z. B. die Aufbewahrung von Geldern und Wertpapieren nicht ein eigentümliches Bankiergeschäft, und deshalb macht dessen alleiniges gewerbsmässiges Betreiben hier nicht zum Kaufmann.[3]) Auch die Pfandleihgeschäfte sind nicht etwa dem Bankiergewerbe eigentümlich und lassen sich daher gleichfalls nicht unter Ziffer 4 bringen.[4])

Zu Ziff. 5 ist zu sagen: Der Begriff „Anstalt" bedingt, dass diejenigen, die sich mit der Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern befassen, ein Grossgewerbe betreiben müssen, wenn sie Kaufleute sein sollen.[5]) Da andererseits die betreffenden Geschäfte nicht zum Handwerk zählen,[6]) so können sie ihre Inhaber nicht zu Minderkaufleuten machen; es entfällt also z. B. der einfache Kutscher und der Inhaber eines Personenbootes. Lotzes Annahme, dass dem Ausdruck

[1]) Staub S. 53, Anm. 50 u. 53, Lehmann S. 22 Nr. 54, Bang S. 58.

[2]) Staub S. 55, Anm. 62 ff., Goldmann S. 16, Düringer S. 32 IX. R. O. H. G. Bd. 24, S. 35 v. 6. April 1878 gegen Gareis S. 9 Nr. 11.

[3]) Düringer S. 33 c, Goldmann S. 16 ff. III.

[4]) Lehmann S. 24, Makower S. 12 Ziff. 4, R. O. H. G. Bd. 24 S. 36, K. G. 29. Febr. 1904, Mugdan-Falkmann 8 S. 379, in Recht 1901 S. 170.

[5]) Staub S. 57, Anm. 69, Lehmann S. 23 Nr. 59, Goldmann S. 18 III, Düringer S. 34 X, Makower S. 12 Ziff. 5, Gareis S. 10 Nr. 12 u. a. gegen Lotze S. 411.

[6]) s. § 4 d. Abhdlg., insbesondere S. 44.

„Anstalt" ein Gewicht überhaupt nicht beigelegt werden könne, da nicht abzusehen sei, weshalb die Übernahme der Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern ein Handelsgewerbe darstellen solle, wenn die Voraussetzungen einer diesem Gewerbe dienenden Anstalt vorliegen, während die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer ohne eine solche Anstalt Handelsgewerbe sein sollen, steht der nicht misszuverstehende Ausdruck des Gesetzes entgegen.

Die Übernahme der Beförderung von Reisenden zur See erfordert nicht Grossbetrieb, so dass es wichtig ist, die Grenze zwischen See und Binnengewässern festzulegen. Für die Grenzlegung soll nach einer Entscheidung des Reichsgerichts[1]) die Auffassung des seemannischen Verkehrs entscheidend sein, und nach dieser Auffassung wiederum sind massgebend die besonderen Gefahren, mit welchen die Seefahrt verbunden ist, und die Schwierigkeiten, welche aus einer solchen hinsichtlich der Aufsicht über das Schiff und die Einwirkung auf dasselbe erwachsen. So ist zwar die Küstenschiffahrt Seeschiffahrt, nicht aber die Fahrt auf Strommündungen und Haffs.

Im übrigen eine Grenze zwischen den in § 1 Ziffer 5 genannten Betrieben zu ziehen, ist unnötig wegen der gleichen Behandlung. Eine Übernahme der Beförderung ist auch dann gegeben, wenn blosse Dienste überlassen werden, z. B. die eines Lotsen, eines Pferdelenkers.[2]) Nicht aber ist hierherzuziehen das blosse Mieten eines Wagens, eines Bootes, ohne dass der Unternehmer oder dessen Angestellter auch die Beförderung übernimmt.[3]) Der Frachtvertrag verlangt eine Beförderung, sodass z. B. die Müllabfuhr kein Frachtgeschäft ist, da dabei die Verpflichtung des Empfängers mit der Abholung des Mülls erfüllt ist.[4]) Es muss sich um eine Beförderung von Gütern handeln, sodass der Transport von Nachrichten der Telegraphen- oder Telephonanstalten nicht unter Ziffer 5 fällt.[5])

[1]) R. G. in Z. S. Bd. 13 S. 68 ff. v. 8. Dez. 1883, auch Goldmann S. 17, 2.

[2]) geg. Lehmann S. 25 No. 59.

[3]) Lehmann S. 25 No. 59, Staub S. 56, Anm. 68 R. G. i. Z. S. Bd. 25 S. 110 v. 25. Mai 1833.

[4]) K. G. 6. Juni 1904, Mugdan-Falkmann Bd. 9 S. 237.

[5]) Goldschmidt S. 617 No. 3, Lehmann S. 25 No. 58.

Zur „Schleppschiffahrt“ war in der Kommission [1]) ein Antrag gestellt worden, nur die grösseren Unternehmen für Handelsgewerbe zu erklären, z. B. kämen kleine Petroleumbarkassen, kleine Schleppboote, beispielsweise im Hafenverkehr in Betracht, die sich in keiner Weise als kaufmännische Betriebe darstellten, schon vermöge des geringen Betriebskapitals. Mit Annahme dieses Antrages, wäre den betreffenden Unternehmen die Möglichkeit genommen worden, als Minderkaufleute zu erscheinen. Die Kommission war aber der Ansicht, dass, soweit Kleinbetrieb in Betracht käme, dessen Stellung durch die Bestimmung des § 4 Abs. 1 gewahrt sei. Zur Schleppschiffahrt ist erforderlich, dass sowohl der schleppende als der zu schleppende Gegenstand die Bewegung auf dem Wasser vornehmen, so dass z. B. der Begriff entfällt, wenn ein stromauffahrendes Schiff durch Tiere oder Menschen gezogen wird, die sich auf dem Leinpfad fortbewegen.

Was nach Ziffer 6 und 7 die Begriffsbestimmung des Kommissionärs, des Spediteurs, des Lagerhalters, des Handlungsagenten und des Handelsmäklers betrifft, so ist auf die einzelnen Abschnitte des H. G. B. hinzuweisen. Gegenüber dem alten Recht, nach dem Kommissionär war jeder, der sich gewerbsmässig damit befasste, im eigenen Namen für Rechnung eines Auftraggebers Handelsgeschäfte irgend welcher Art abzuschliessen, ist insofern eine Änderung eingetreten, als heute dieser Begriff nur noch auf den anwendbar ist, der es gewerbsmässig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen. Kaufmann nach § 1 No. 6 ist nicht z. B. der Kommissionär bei Personentransporten oder der Versicherungskommissionär.[2])

Spediteur ist nicht derjenige, der nur die Vermittlung von Frachtverträgen zwischen dem Frachtführer und dem Absender bewirkt[3]) (vgl. Art. 389 des alten H. G. B.).

Der Begriff des Lagerhalters ist dann gegeben, wenn ein Gewerbetreibender sich mit Lagerung befasst, welche leblose

[1]) Kom. Ber. S. 5, Mat. S. 535.

[2]) Lehmann S. 26 No. 62, Buchka-Lehmann S. 304, Denkschr. S. 231, Mat. S. 382.

[3]) Lehmann S. 27 No. 63, Staub S. 1473, Anm. 10.

Sachen betrifft, die eine grössere Menge bilden (Cosack: Die im Verhältnis zu ihrem Wert einen grossen Umfang haben), und welche nicht nur auf kurze Zeit erfolgt.[1]) So ist der Begriff dann nicht gegeben, wenn es sich um Aufbewahrung von Tieren handelt oder von Reisegepäck seitens eines Portiers. Ein Lagergeschäft liegt auch dann nicht vor, wenn jemand nur seine Räume zur Verfügung stellt, die Sachen selbst aber nicht in Besitz nimmt,[2]) d. h. es darf nicht eine Sachmiete zu Grunde liegen, sondern ein Verwahrungsvertrag. Um ein depositum irregulare darf es sich deshalb nicht handeln, weil nach § 419 Abs. 3 H. G. B. die Vorschriften nicht Anwendung finden, wenn das Gut in der Art hinterlegt ist, dass das Eigentum auf den Lagerhalter übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren.[3])

Art. 272 No. 4 machte zum Kaufmann den, der gewerbsmässig Handelsgeschäfte für andere Personen vermittelte oder abschloss. An dessen Stelle sind in § 1 Ziff. 7 die Handlungsagenten und Handelsmäkler getreten. Das alte H. G. B. hatte bestimmte Gründe zu seiner Definition. Nach ihm gab es den Begriff des Handlungsagenten nicht; unter Handelsmäklern waren nur die amtlich bestellten Handelsmäkler zu verstehen. Nach der eingeschränkten Fassung des neuen H. G. B. wird mancher nicht Kaufmann, der es nach Art. 272 Ziff. 4 wurde. Zu den Handlungsagenten zählen gemäss § 84 solche Personen nicht, die nicht ständig für das Handelsgewerbe eines anderen Geschäfte vermitteln oder im Namen des anderen abschliessen,[4]) also z. B. nicht die Agenturbureaus, die sich jedem zur Verfügung stellen, auch nicht diejenigen, die nicht für das Handels-

[1]) Denkschr. S. 249, Mat. S. 396 ff., Lehmann S. 27 No. 64, Cosack S. 476, Buchka-Lehmann S. 309, Staub S. 1494, Anm. 9 und 10; er hält alle leblosen Waren für geeignet zum Lagergeschäft ohne Rücksicht auf die Menge usw.

[2]) Lehmann S 27 Nr. 64, Buchka-Lehmann S. 309, Staub. S. 1493, Anm. 7.

[3]) Buchka-Lehmann S. 309.

[4]) Lehmann S. 28 No. 66, Kammer f. H. S. Krefeld in Lobe 5 S. 254, v. 27. Juni 1904.

gewerbe vermitteln usw., z. B. nicht die Agenten von Landwirten für deren nicht eingetragenes Nebengewerbe.[1])

Zu den Handelsmäklern gehören nicht die Vermittler von Dienstverträgen, nicht die Grundstücksmäkler. Letztere fielen nicht unter die Vermittlungsgeschäfte des Art. 272 Ziff. 4, weil Verträge über unbewegliche Sachen nach Art. 275 keine Handelsgeschäfte waren; heute schliesst § 93 Abs. 2 den Grundstücksmäkler aus der Reihe der Handelsmäkler aus. Dem alten H. G. B. gegenüber bringt allerdings § 93 insofern eine Erweiterung, als er nicht mehr verlangt dass es sich um Vermittlung von Handelsgeschäften handelt. In § 93 heisst es, dass es sich um Gegenstände des Handelsverkehrs handeln muss, wohin man alle vom Handelsgesetzbuch geregelten Geschäfte zu zählen haben wird, u. a. auch Bodmerei, Dienstvertrag mit den Handlungsgehilfen.[2])

Den Verlagsgeschäften ist wesentlich, dass sie Vervielfältigung und Verbreitung eines Werkes zum Gegenstande haben.[3]) Die deshalb hier ausgeschlossenen verwandten Unternehmungen werden allerdings zu den sonstigen Geschäften des Buch- oder Kunsthandels gehören und so dennoch ihre Inhaber zu Kaufleuten nach Ziff. 8 machen, z. B. der Betrieb desjenigen, der sämtliche Exemplare eines Werkes kauft und dann vertreibt.[4]) Das Werk, das den Gegenstand der Verlagsgeschäfte bildet, muss ferner ein literarisches oder künstlerisches sein, so dass andere Geisteserzeugnisse, z. B. Patent- und Urheberrechte nicht den Gegenstand eines Verlagsgeschäfts bilden können.[5])

Die sonstigen Geschäfte des Buch- und Kunsthandels sind meist schon durch Ziff. 1, 7 oder 9 getroffen; ein eigentümlich hierher gehörendes Geschäft ist das des Sortimentsbuchhändlers, soweit derselbe nicht festen Kauft.[6]) nicht aber das des Leihbibliothekars.[7])

[1]) Lehmann S. 28 No. 66, Buchka-Lehmann S. 237 ff.

[2]) Lehmann S. 29 Nr. 67.

[3]) Goldschmidt S. 643 ff, v. Hahn II S. 40 § 20, Cosack S. 369, Lehmann S. 29 Nr. 68, vgl. auch § 1 d. Gesetzes über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901.

[4]) Lehmann S. 29 Nr. 68.

[5]) Gareis S. 11 Nr. 16. [6]) Staub S. 58, Anm. 75.

[7]) R. O. H. G. Bd. 23 S. 401 v. 21. Mai 1878 und die Literatur.

Zu den Geschäften der Druckereien gehören die Betriebe der Photographen nicht immer, da bei ihnen oft das Künstlerische überwiegen wird und sie so gemäss § 1 der Abhandlung keine Gewerbe betreiben. Hinzuweisen ist zur Unterstützung dieser Behauptung darauf, dass das Gesetz vom 10. Januar 1876 über den Schutz von Photographien gegen unbefugte Nachbildung den Photographien ähnlichen Schutz gewährt wie den Werken der bildenden Kunst. Bestimmt hierher gehören Betriebe, bei denen die Vervielfältigung die Hauptsache ist.[1]) Es wird auf die Untersuchung des Einzelfalles ankommen.[2]) Der Meinung,[3]) es seien sämtliche Photographen unter Ziff. 9 zu zählen, vermögen wir nicht beizutreten. Andererseits ist auch die Ansicht[4]) nicht zu billigen, dass die Photographen zwar Handwerker seien, dass aber ihre Betriebe nicht zu den Druckereien zählen, so dass sie erst gemäss § 2 Kaufmannseigenschaft erlangen können. Die Zeugdruckereien fallen unter Ziff. 1 oder 2.[5])

Abgesehen von Ziff. 5, wo unserer Feststellung nach der Ausdruck „Anstalt" einen Grossbetrieb verlangt, kann, soweit nach § 1 ein Gewerbe seinen Inhaber zum Kaufmann macht, es diesen auch zum Minderkaufmann machen. Ein solcher minderkaufmännischer Betrieb wird sich allerdings bei vielen dieser Handelsgewerbe kaum denken lassen; so wird ein solcher selten vorkommen bei der Übernahme der Versicherung gegen Prämie, den Bankiergeschäften, der Übernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See, bei den Schleppschiffahrtsunternehmen und bei den Verlagsgeschäften.

Für die Beurteilung, ob ein Gewerbe ein nichtkaufmännisches, ein minderkaufmännischer oder ein vollkaufmännisches darstellt, kommen grundsätzlich nur die Verhältnisse zur Zeit der Prüfung in Betracht. Doch müssen Ausnahmen gemacht werden.

[1]) Goldschmidt S. 647, Anschütz III S. 45 XIII, Gareis S. 13 Nr. 18.

[2]) s. auch § 4 d. Abhdlg. S. 45.

[3]) Behrend § 27, Anm. 32, v. Hahn II S. 40 § 21, Staub S. 58, Anm. 76, Düringer S. 36 XIV, Goldmann S. 19 Ziff. 9, v. Landmann 1 S. 654, K. G. Lobe 6 S. 299 v. 25. Mai 1905.

[4]) Cosack S. 25, Anm. 22 a, O. L. G. Dresden Lobe 5 S. 569 v. 10. August 1904.

[5]) s. § 6 d. Abhdlg. S. 66.

Abzusehen ist hier von dem Fall, dass ein Gewerbe nur im Augenblick keinen grossen Umsatz hat, im übrigen aber über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht; denn wie in § 5 der Abhandlung noch zu zeigen ist, ist der geringe Umsatz kein Hinderungsgrund für die Annahme des Grossbetriebes.[1]) Um ein Beispiel anzuführen: Ein Gastwirt, dessen Gewerbe vor 1900 ständig einen grossen Umsatz gehabt hat, sieht im Jahre 1900, dem Jahre der Eintragungsverpflichtung, wegen Missernte des betreffenden Landstrichs wenig Gäste bei sich. Er hat ein Grossgewerbe und ist einzutragen.

Aber auch dann, wenn ein Betrieb zum Kleingewerbe herabsinkt, ist die Löschung noch nicht zu verfügen, wenn dieser Zustand nur ein vorübergehender ist.[2]) Andererseits ist ein Gewerbe, das im Augenblick noch nicht zur vollen Entfaltung gekommen ist und daher noch keine grosse Bedeutung hat, dann einzutragen, wenn es seiner ganzen Anlage nach über den Kleinbetrieb hinauszugehen bestimmt ist. So hat sich auch das Kammer-Gericht[3]) ausgesprochen. Mit diesem ist aber die weitergehende Anschauung abzulehnen, dass ein Registergericht dann eine Eintragung vornehmen kann, wenn nur die blosse Möglichkeit vorhanden ist,[4]) dass das betreffende Gewerbe wächst, oder wenn der Inhaber nur von dem Wunsche beseelt ist, dass das Geschäft sich zum Grossbetrieb ausgestalten möge. Denn dann kann ja die Eintragung überhaupt keinem versagt werden, da die Möglichkeit der Herausarbeitung zum Grossgewerbe fast immer vorliegt.

Der hier ausgesprochenen Ansicht entgegen steht ein Mainzer Urteil.[5]) „Für die Frage, ob jemand als Kleingewerbetreibender anzusehen ist, kommt es auf den derzeitigen Umfang des Geschäfts an, nicht darauf, ob das Geschäft in quantitativer Hinsicht solche Ausdehnung erfahren wird, dass es später den Umfang des Kleingewerbes überschreitet."

---

[1]) s. S. 60.

[2]) K. G. Mugdan-Falkmann Bd. 3 S. 405 v. 24 Juni 1901.

[3]) K. G. Mugdan-Falkmann Bd 7 S. 147 v. 22. Dez. 1902.

[4]) vgl. auch O. L. G. Dresden Lobe Bd. 5 S. 569 v. 10. Aug. 1904.

[5]) Mainz 22. Oktober 1901 in Kaufmanns Rechtsprechung 1902 S. 7 ff.

II. Abschnitt.

Die einzelnen Arten der Minderkaufleute.

§ 4.

Abgrenzung der Handwerker von anderen Gewerbetreibenden.

Der Wortlaut des § 4, der nebeneinander die Handwerker und die Personen nennt, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, flösst auf den ersten Blick Befremden ein. Es drängt sich die Frage auf, ob nicht die Handwerker auch zu den letztgenannten Personen gehören und ihre besondere Aufzählung nicht deshalb überflüssig ist. Dieser Gedanke hat seine Berechtigung, weil die Handwerker, die uns im Leben entgegentreten, die Bäcker, die Schuhmacher usw. Kleingewerbetreibende sind, vielleicht ihren grössten Teil ausmachen, und er hat auch seinen Ausdruck in einem Antrag gefunden, der in der Reichstagskommission[1]) gestellt wurde, man solle die Worte „auf Handwerker" streichen, da es genügend sei, die Unterscheidung zwischen Kleingewerbe und Grossgewerbe festzuhalten. Wie später ausführlicher zu behandeln ist,[2]) wurde dieser Antrag aber abgelehnt. Es blieb bei der Nebeneinanderstellung, und es kann deshalb die besondere Aufführung der Handwerker nicht als überflüssig bezeichnet werden. Wie zu zeigen ist, hat der Gesetzgeber dazu seine Gründe gehabt, und es ist darum der Ansicht nicht zuzustimmen, dass es nicht notwendig sei, die Begriffe Kleingewerbetreibender und Handwerker gegeneinander abzugrenzen, da sie ja vom Gesetz gleich behandelt würden.[3])

---

[1]) Komm. Ber. S. 9, Mat. S. 539.
[2]) s. § 6 d. Abhdlg. S. 71.
[3]) Gareis S. 24 No. 6, Gareis Lehrbuch S. 72.

Es kann sich allerdings, wie aus Gesagtem hervorgeht, nicht um eine Abgrenzung in dem Sinne handeln, dass die beiden Gruppen in zwei Lager gespalten würden; denn, wie gesagt, auch die Handwerker sind grösstenteils Kleingewerbetreibende, ja jede einzelne Handwerksart ist in ihrer Urform Kleingewerbe. Es ist vielmehr zu prüfen: Welche besonderen Eigentümlichkeiten müssen bei einem Gewerbebetrieb vorhanden sein, damit er sich als Handwerk anderen gegenüber abhebt, ohne Rücksicht vorläufig darauf, ob der betreffende Handwerker auch die Kaufmannseigenschaft besitzt? Es soll ferner hier nur zur Anschauung gebracht werden, welche Betriebe ihrem Grundcharakter nach dem Handwerk angehören, und nicht dargelegt werden, welche Umstände dazu beitragen, dass sie die Grenzen des Handwerksmässigen überschreiten.[1])

Dass sich ein Betrieb als Handwerk von anderen Gewerben abhebt, ist doch insofern von grosser Wichtigkeit, als die Angehörigen dieser Klasse von Gewerbetreibenden, wie noch genauer zu erörtern sein wird,[2]) nicht dadurch zu Vollkaufleuten werden, dass ihr Betrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, sondern erst dadurch, dass dieser Betrieb den Charakter des Handwerks verliert.[3]) Die besondere Stellung des Handwerks zeigt sich ferner darin, dass in § 4 Abs. 3 den Landesregierungen die Befugnis gegeben ist, die Grenze des Kleingewerbes näher festzusetzen, während sie die Unterscheidungsmerkmale zwischen Handwerk und Nichtmehrhandwerksmässigem nicht festsetzen dürfen. Ist ein Betrieb, der die Gewerbe des § 1 Ziff. 2 und 9 zum Gegenstand hat, als handwerksmässiger Betrieb möglich (was wohl fast immer der Fall sein wird), so gilt dessen Inhaber nur dann als Kaufmann, wenn der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht, andererseits nicht einmal als Minderkaufmann, sondern als Nichtkaufmann. Würde der Betrieb aber überhaupt nicht als hand-

[1]) s. § 6 d. Abhdlg.

[2]) s. § 6 d. Abhdlg. S. 70 ff.

[3]) wie in § 5 d. Abhdlg. zu zeigen ist, muss ein Betrieb, der vollkaufmännisch sein soll, nicht nur das Handwerksmässige abstreifen, sondern auch zugleich über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehen; s. S. 47 ff.

werksmässiger möglich sein, so kommt nichts auf seine Bedeutung an, auch der unscheinbarste Betrieb macht dann seinen Inhaber zum Kaufmann, d. h. zum Minderkaufmann.[1]) Nach altem H. G. B. bot ja auch Art. 273 Abs. 3 noch eine wichtige Einzelbestimmung für Handwerker, wenn er aussprach, dass die Weiterveräusserungen, welche von Handwerkern vorgenommen wurden, insoweit dieselben nur in Ausübung ihres Handwerksbetriebes geschahen, als Handelsgeschäfte nicht zu betrachten waren.

Das Gesetz gibt nicht an, wo die Grenze zwischen Handwerk und anderen Gewerben zu ziehen ist. Denn eine allgemeine Grenze, die nur in Frage kommen kann, würde mit Rücksicht auf die verschiedenartigen in Betracht kommenden Gewerbe kaum möglich sein. Die Grenzziehung würde insbesondere dadurch erschwert werden, dass die meisten Handwerker heute auch Geschäfte vornehmen, die nicht ins Handwerk einschlagen und die bei genügender Bedeutung jenes so zurückdrängen können, dass es nicht mehr in Betracht kommt.[2]) Diese Erwägung drückt sich auch in den Kommissionsberichten aus.[3]) Endlich ist auch der Kreis der ihrem Charakter nach sich als Handwerke darstellenden Betriebe nicht so feststehend, dass er im Wechsel der Zeiten eine Änderung nicht erfahren kann. Lastig[4]) meint: „Eine erschöpfende Aufzählung kann für die Dauer nicht genügen, den vorhandenen Handwerkszweigen treten im Laufe der Zeit stets neue hinzu.“ Man denke hier z. B. an die Buchdrucker, Büchsenmacher und Uhrmacher.

Welches sind nun die Merkmale, die einen Gewerbebetrieb als Handwerk erscheinen lassen?

Den übrigen Gewerbetreibenden gegenüber stellt das Handwerk einen eigenartig gewordenen und historisch wie ökonomisch zu erklärenden Begriff dar; im Gegensatz zu anderen Gewerben ist ihm die Grösse als Unterscheidungsmerkmal fremd.[5]) Der historischen Entwicklung wird man bei der Beantwortung der

[1]) s. §§ 5 und 6 d. Abhdlg. S. 59 und S. 70 ff.
[2]) s. § 8 d. Abhdlg. S. 100.
[3]) Komm. Ber. S. 4, Mat. S. 535.
[4]) Lastig S. 65, Bovensiepen S. 22.
[5]) Bovensiepen S. 22, auch Lastig S. 65 ff.

Frage, ob ein Betrieb Handwerk ist oder nicht, eine besondere Bedeutung zuerkennen müssen. So wird man z. B. die aus dem Klempner-, auch Schlossergewerbe hervorgegangenen Gas- und Wasserinstallateure dem Kreis der Handwerker zuzählen.[1]) Auch der Verkehrsanschauung, die meist im Sprachgebrauch ihren Ausdruck findet, wird eine gewisse Bedeutung zuzuerkennen sein; sie wird in der Regel einen Betrieb nur dann als Handwerk bezeichnen, wenn er es der hier ausgesprochenen Ansicht gemäss ist. Ist bei einem Betrieb eine Gliederung in Meister, Geselle und Lehrling vorhanden, so kann man ihn dem Handwerk zuzählen.

Eine bestimmte Begriffsbestimmung des Handwerks haben wir also noch nicht gewonnen.

Einen Versuch zur Definition des Handwerks hat Landmann[2]) gemacht; er bringt sie zwar für die Gewerbeordnung, sie entspricht aber der allgemeinen Anschauung vom Handwerk und ist mit einigen Modifikationen auch für das H. G. B. zu verwenden. Er sagt: „Unter Handwerk versteht man die nicht fabrikmässig betriebenen Gewerbe der Be- und Verarbeitung von Rohstoffen und Halbfabrikaten, ferner Reparatur und Reinigung von Gegenständen, wenn in dem Betrieb eine handwerksmässige Lehrlingsausbildung stattfindet.“ Mit der Wendung, dass der Betrieb nicht fabrikmässig sein darf, will er die Grenze zwischen Handwerk und Nichtmehrhandwerksmässigem bringen. Darüber und ob mit fabrikmässig etwas Richtiges ausgedrückt ist, ist in § 6 der Abhandlung zu sprechen. Eine handwerksmässige Lehrlingsausbildung findet heute nicht mehr in jedem Handwerksbetrieb statt; deshalb ist dies Erfordernis aus der Definition auszuschalten.

An der Hand der so eingeschränkten Begriffsbestimmung lassen sich einige Zweifelsfragen erledigen. Nicht sind Handwerker z. B. die Fuhrleute, die Schiffer, die Musikanten, auch nicht die sich mit persönlichen Dienstleistung befassenden Lotsen, Tanzlehrer und Dienstmänner.[3]) Handwerker sind als solche

---

[1]) Lastig S. 66, auch Bovensiepen S. 22.
[2]) v. Landmann I S. 653.
[3]) v. Landmann I S. 654b.

nicht Bergleute, Landwirte und Forstwirte;[1]) denn sie gewinnen nur die Rohstoffe. Bildhauer, Maler usw. sind überhaupt keine Gewerbetreibenden nach § 1 der Abhandlung und kommen daher hier nicht in Betracht. Dass ein Handwerker auch künstlerisch tätig ist als sogenannter Kunsthandwerker, nimmt ihm dagegen nicht seine Stellung als Handwerker, wenn nur die mechanische Tätigkeit überwiegt.[2]) Beim Photographen kann das, wie in § 3 der Abhandlung betont ist, zweifelhaft sein.

Nun bearbeiten und verarbeiten doch aber z. B. Gastwirte, Apotheker auch Rohstoffe, obgleich sie kein Handwerk betreiben; andererseits sind z. B. Barbiere zweifellos dem Handwerk zuzuweisen, und doch lassen sie sich nicht unter die Landmannsche Definition bringen. Ich möchte daher sagen: „Unter Handwerk versteht man die Gewerbe der Be- und Verarbeitung von Rohstoffen und Halbfabrikaten, der Reparatur und Reinigung von Gegenständen, soweit nicht etwa gewisse Gewerbe dem historisch und ökonomisch zu erklärenden Begriff „Handwerk“ nicht zu unterstellen sind, sowie die Gewerbe, die ausserdem unter diesen eigenartigen Begriff fallen.

Eine allgemeine Begriffsbestimmung des Handwerks ist nicht möglich. Die wohl grösste Anzahl der Betriebe ist durch die Landmannsche Definition getroffen. Soweit sie in Stich lässt, muss die Einzelentscheidung eingreifen, die zu berücksichtigen hat, ob ein Betrieb dem historisch und ökonomich zu erklärenden Begriff „Handwerk“ angehört.

§ 5.

Die Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht.

In § 4 sind die Kleingewerbetreibenden erst nach den Handwerkern genannt; die Ausführungen des vorigen Paragraphen rechtfertigen jedoch die Behandlung dieser Klasse von Minderkaufleuten an erster Stelle: Die Handwerker nehmen den übrigen Gewerbetreibenden gegenüber eine Ausnahmestellung zur Minder-

[1]) v. Landmann I S. 654, Puchelt II S. 731, Anm. 17, Königsberger S. 7, Weiss S. 8.

[2]) v. Landmann I S. 654b.

kaufmannseigenschaft ein, und diese Stellung tritt in ihrer Eigentümlichkeit nach Untersuchung der Stellung der Kleingewerbetreibenden besonders deutlich hervor.

Die Hauptfrage, die hier zu erledigen ist, lautet: „Was versteht der Gesetzgeber unter Kleingewerbe, welchen Anforderungen muss ein Betrieb gerecht werden, damit er zum Grossgewerbe wird?“ Kurz sei nochmals darauf hingewiesen, dass nur ein Handelsgewerbe die besondere Stellung als minderkaufmännisches nach § 4 hat, sodass nur die Gewerbe des § 1 mit den in § 3 der Abhandlung erwähnten Ausnahmen ihre Inhaber zu Minderkaufleuten machen können, neben anderen insbesondere nicht die Gewerbe der §§ 2 und 3, da sie Handelsgewerbe erst durch die Eintragung werden, die § 4 den Minderkaufleuten versagt.

Eine andere Frage ist die, ob sämtliche Gewerbe des § 1 ein Kleingewerbe schlechthin oder ob sie nur ein Handwerk zulassen. Soweit es sich in Ziff. 1 um Anschaffung und Weiterveräusserung von beweglichen Sachen oder Wertpapieren ohne Be- oder Verarbeitung handelt, ist Handwerk gemäss § 4 der Abhandlung undenkbar, es fallen jedoch die meisten sonstigen Kleingewerbe darunter. Wie steht es nun aber mit den Betrieben, bei denen die betreffende Ware erst nach einer Be- oder Verarbeitung veräussert wird? Staub[1]) sagt: „Die Inhaber von Be- oder Verarbeitungsgewerben nach § 1 Ziff. 1 können nicht Kleingewerbetreibende im Sinne des § 4 sein, diese fallen höchstens unter den Begriff Handwerker.“ Allerdings ist die Be- und Verarbeitung dem Handwerk eigentümlich, doch kommt sie, wie schon im vorigen Paragraphen hervorgehoben ist, auch bei anderen Gewerbebetrieben vor. Dass es Gewerbe gibt, die nicht zum Kreise der Handwerke zählen und doch zu denen gehören, die Be- und Verarbeitung für andere vornehmen und deshalb unter Ziff. 2 fallen, ist nicht zu bestreiten. Hier wären zu nennen Gewerbe, die sich damit befassen, für andere Tiere aufzuziehen, zu mästen und zu dressieren, die den Ausführungen des § 4 zufolge zu den Handwerken nicht zählen. Die Bedenken, die gegen die Annahme erhoben sind, dass auch derartige Nichthandwerke von § 1 Nr. 2 getroffen werden, sind anderer

[1]) Staub, S. 74, Anm. 7, Cohn im Recht 1903 S. 223.

Art. Man stützt sich auf den Wortlaut der Ziff. 2, die die betreffenden Gewerbe als Handelsgewerbe nur dann ansieht, wenn sie über den Umfang des Handwerks hinausgehen, sodass dann für Minderkaufleute im Hinblick auf § 4 kein Platz sei. So sagt Staub[1]): „Die Inhaber von Be- und Verarbeitungsgewerben können nicht Kleingewerbetreibende sein, da sie entweder Nichtkaufleute oder Vollkaufleute sind.“ Bemerkenswert sind die Ausführungen Lotzes[2]): „Der Begriff des Kleingewerbes kann nicht einmal auf alle im § 1 aufgezählten Kaufleute Anwendung finden; denn manche dieser Gewerbetreibenden werden erst Kaufleute, wenn ihr Betrieb ein umfangreicher ist, also über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht. Kleingewerbe und Minderkaufmannseigenschaft kommen bei den Gewerbetreibenden zu Ziff. 2 und 9 nicht in Betracht.“

Eine Begründung dafür, weshalb Kleingewerbetreibende unter Ziff. 2 nicht fallen sollen, gibt nur Lotze; mit dieser Begründung aber setzt er sich zu dem Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch. Denn dort heisst es nicht, dass ein Gewerbe, um Handelsgewerbe zu sein, über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehen müsse, sondern als Handelsgewerbe soll das fragliche Gewerbe gelten, sofern es über den Umfang des Handwerks hinausgeht. Diese Einschränkung bezieht sich also auch nur auf Handwerker. Die Grenzen zwischen Minder- und Vollkaufmann sind bei den beiden Klassen des § 4, wie zu erörtern, nicht dieselben. Ein Nichthandwerk wird durch den Relativsatz der Ziff. 2 nicht betroffen, ein solches macht zum Minderkaufmann auch nach Ziff. 2 solange, als der Betrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, sonst zum Vollkaufmann.

Die Meinung, dass sich Kleingewerbetreibende nach Ziff. 2 nicht denken lassen, erfährt noch eine weitere Durchbrechung. Verbreiteter Ansicht[3]) nach macht ein Betrieb, der seiner Art

---

[1]) Staub S. 74, Anm. 7, ders. in D. J. Z. 1898 S. 423 auch Bovensiepen S. 25, Grotefendt S. 40, Cohn i. Recht 1903 S. 223.

[2]) Lotze S. 408.

[3]) Goldmann S. 30 1, Litthauer S. 13a 1, Weiss S. 16 34, Jacobsen S 12 ff., Plange S. 16, Antrag einer Handelskammer b. Lastig S. 52 geg. obengenannte und v. Landmann II S. 283, Bang S. 57.

nach ein Handwerk ist, aber im konkreten Falle das Handwerksmässige abstreift, nach § 1 Ziff. 2 seinen Inhaber zum Kaufmann und müsste ihn auch zum Vollkaufmann machen, weil er eben kein Handwerk mehr darstellt.[1]) Geht dieser Betrieb aber nicht zugleich über den Umfang des Kleingewerbes hinaus, so greift doch wieder § 4 ein und er bleibt ein minderkaufmännischer; denn es sind ja die Merkmale, die den nichtmehrhandwerksmässigen Betrieb vom handwerksmässigen unterscheiden, nicht dieselben wie die, die den Kleinbetrieb vom Grossbetrieb trennen.

Zu Ziff. 9 ist zu bemerken, dass kleinere Druckereien sich in der Regel als Handwerk von den übrigen Gewerben abheben. Doch ist hier auf das soeben Gesagte zu verweisen. Es gibt Druckereien, die zwar den Charakter des Handwerks abstreifen, nicht aber zugleich über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehen.

Alle übrigen Ziffern des § 1 können zweifellos nicht zu den Handwerken gehörende kleingewerbliche Unternehmungen aufweisen.

Das Gesetz selbst gibt keine Begriffsbestimmung des Kleingewerbes. Es gibt deshalb keine solche, weil die Entwicklung, die viele Gewerbearten im Laufe der Zeiten erfahren, eine derartige ist, dass die im Augenblick aufgestellten Unterscheidungsmerkmale zwischen Klein- und Grossbetrieb nach mehr oder weniger Jahren nicht mehr passen. Den Landesregierungen verleiht das H. G. B. daher die Befugnis, den Begriff näher festzusetzen; denn durch Verwaltungsakte lassen sich Unrichtigkeiten, die durch die fortschreitende Entwicklung in die einmal erfolgte nähere Festsetzung gebracht werden, eher verbessern als durch die Landesgesetzgebung, die dazu zu schwerfällig ist. Deshalb wurde ein Antrag, der der Volksvertretung einen Einfluss auf diese Festsetzung geben wollte, abgelehnt. Dass diese Erwägung den Gesetzgeber geleitet hat, ergibt sich aus den Kommissionsberichten,[2]) in denen weiter ausgeführt ist, dass je nach der Zusammensetzung der betreffenden Vertretung eine sehr verschiedenartige Gesetzgebung das Resultat sein

[1]) s. § 6 d. Abhdlg. S. 70 ff.

[2]) Komm. Ber. S. 9 ff., Mat. S. 539, Plange S. 19.

würde, dass ferner zu berücksichtigen sei, dass einzelne Landtage nur alle zwei Jahre zusammentreten, wodurch die Möglichkeit einer Korrektur erschwert sei.

Bovensiepen[1]) meint nun, dass die Landesregierung zu ihrer Festsetzung auch den Weg der Gesetzgebung beschreiten könne; denn wenn ihr die Ermächtigung zur selbständigen Erledigung eingeräumt sei, so sei es ihr natürlich unbenommen, sich freiwillig dieser Machtbefugnisse zu entkleiden und diese Regelung gemeinsam mit der Volksvertretung im Wege der Gesetzgebung vorzunehmen.

Diese Annahme widerstreitet dem Wortlaut des § 4 Abs. 3. Es ist dort ausdrücklich gesagt, die Landesregierung habe die betreffende Befugnis, von der Landesgesetzgebung ist nichts auch nur angedeutet. Ferner steht ihr die angegebene Entstehungsgeschichte der Bestimmung entgegen: Das Resultat, das die Ersetzung der „Landesgesetzgebung" im alten H. G. B. durch die „Landesregierung" im neuen H. G. B. erzielen soll, würde vereitelt werden, wenn sich eine Regierung auf den gegnerischen Standpunkt stellte.[2])

Falls eine Landesregierung von der Befugnis der Festsetzung Gebrauch gemacht hat, sind deren Bestimmungen bei der Entscheidung der Frage, ob ein Kleingewerbe vorliegt, für die in dem betreffenden Bundestaat betriebenen Handelsgewerbe in Betracht zu ziehen und zwar auch von den Gerichten anderer Bundesstaaten; denn es gilt für ganz Deutschland betreffs der Beurteilung der Kaufmannseigenschaft das Recht desjenigen Bundesstaats, in dem der betreffende sein Handelsgewerbe betreibt.[3]) Dagegen ist Bovensiepen,[4]) denn es sei logisch unmöglich, dass die verbindliche Kraft des Gesetzes weiter reiche als die Macht der sie ins Leben rufenden Rechtsquelle. Eine solche Geltung einer partikularen Norm könne nur dann in Frage kommen, wenn das in dem betreffenden Reichsgesetz zu

[1]) Bovensiepen S. 29, auch Staub S. 75, Anm. 11a.

[2]) vgl. noch Lehmann S. 40 Nr. 4, Goldmann S. 33, Anm. 3 I, Plange S. 22, Jacobsen S. 18.

[3]) Staub S. 75, Anm. 11e, Goldmann S. 33 IV, Plange S. 21, Weiss S. 28.

[4]) Bovensiepen S. 31 ff., auch Jacobsen S. 21.

so klarem Ausdruck gebracht sei wie z. B. in § 763 Satz 1 B. G. B. Allerdings spricht das H. G. B. nicht besonders davon, dass die Norm einer Landesregierung, die Kaufleute eines Landes zu Minderkaufleuten macht, diesem auch für andere Bundesstaaten verbindliche Eigenschaften beilegt, doch stehen dieser Annahme keine Bedenken entgegen. Auch das alte H. G. B. hat, wie aus Protokollen[1]) und Literatur[2]) hervorgeht, den landesgesetzlichen Bestimmungen, die die Grenze der Minderkaufmannseigenschaft für Kaufleute ihres Gebietes zogen, für andere Bundesstaaten Geltung verschaffen wollen. Heute ist hinsichtlich der Festsetzungen der Landesregierungen die hier vertretene Auffassung gleichfalls die herrschende. Der Zusatz im Art. 10 „für Kaufleute ihres Staatsgebiets", der insbesondere für das alte Recht allgemeiner Ansicht nach die dargelegte Anschauung gebot,[3]) ist heute als selbstverständlich fortgelassen und dürfte leicht zu ergänzen sein. Ferner spricht für die ausgedehnte Geltung der partikularen Normen der Umstand, dass die durch das H. G. B. begründete Rechtseinheit vereitelt wäre, wenn ein Kaufmann hinsichtlich desselben Geschäfts in einem Staat als Minderkaufmann, in dem anderen als Vollkaufmann zu betrachten wäre. Auch liegt klar auf der Hand, dass der Vorbehalt des § 4 Abs. 3 deshalb gemacht ist, weil örtliche Eigentümlichkeiten, die von fremden Regierungen nicht übersehen werden können, eine besondere Festsetzung der Grenzen zwischen Gross- und Kleingewerbe durch die jeweilige Landesregierung gebieten.[4])

Bei der näheren Festsetzung hat die Landesregierung vor allem die Anleitung des H. G. B. in Betracht zu ziehen. Ist ein Gesetz vorhanden, das eine Besteuerung nach dem Geschäftsumfange vorsieht, so muss die Landesregierung diese Besteuerung zur Grundlage ihrer Festsetzung machen. Erst dann, wenn eine solche Besteuerung nicht vorhanden ist, darf sie die Festsetzung nach anderen Merkmalen treffen.

---

[1]) Protokolle S. 1281 ff.

[2]) Goldschmidt S. 540, Anm. 47, Anschütz I S. 91, v. Hahn I S. 117 ff. § 17.

[3]) v. Hahn I S. 117 ff. a. a. O., Anschütz I S. 91.

[4]) v. Hahn I S. 118.

Man ist im allgemeinen der Ansicht, dass eine derartige Besteuerung nach dem Geschäftsumfange in keinem deutschen Bundesstaate vorhanden ist und nicht vorhanden sein kann. Diese Meinung ist insofern begründet, als den Geschäftsumfang, wie später ausgeführt werden wird, die verschiedensten Momente bedingen und zwar auch solche, die sich nicht zahlenmässig ausdrücken lassen. Man muss aber Plange[1]) zugeben, dass man nicht meinen kann, das Gesetz habe eine Vorschrift statuiert, die in Wirklichkeit undurchführbar wäre. Man darf nicht verlangen, dass eine Besteuerung den gesamten Geschäftsumfang zur Grundlage nimmt, sondern nur, dass überhaupt eine Besteuerung vorhanden ist nach quantitativen Merkmalen, die für die Begründung des Geschäftsumfanges mit in Betracht kommen, wie Umsatz, Ertrag, Anlagekapital usw. Diese Ansicht erhält eine Stütze dadurch, dass die Kommission statt des ziffermässig feststellbaren „Geschäftsumsatzes" den umfassenderen Begriff „Geschäftsumfang" gewählt hat,[2]) womit sie ausdrücken wollte, dass auch eine auf anderen quantitativen Merkmalen als dem Geschäftsumsatz beruhende Besteuerung geeignet ist, die Grundlage für die Festsetzung gemäss § 4 Abs. 3 zu bilden.

Staub[3]) verneint, dass z. B. das preussische Gewerbesteuergesetz vom 24. Juni 1891 sich für die Festsetzung der Landesregierung verwerten lasse, da es nicht nach dem Geschäftsumfange abgrenze, sondern nach Ertrag und Anlagekapital. Nach dem Gesagten ist dieser Ansicht nicht zuzustimmen. Wohl aber ist der Behauptung beizupflichten, dass die Ansicht des Handelsministers, die er in einem Rundschreiben vom 5. August 1898 ausspricht, falsch sei, dass nämlich die Angehörigen der ersten bis dritten Steuerklasse zu den Grossgewerben, die der fünften Steuerklasse zu den Kleingewerben zu zählen seien, dass aber innerhalb der vierten Steuerklasse eine nähere Begrenzung nach anderen Merkmalen zu erfolgen habe. Staub sagt mit Recht, dass die Festsetzung der Grenze des Kleingewerbes nach anderen Merkmalen erst dann stattfinden darf, wenn eine Steuer-

[1]) Plange S. 21.

[2]) Komm. Ber. S. 10, Mat. S. 540, Plange S. 21.

[3]) Staub in D. J. Z. 1898 S. 424, Jacobsen S. 19 ff., Grotefendt S. 42, ähnlich Bovensiepen S. 30.

pflicht, wie sie § 4 Abs. 3 verlangt, überhaupt nicht vorhanden ist.[1]) Dass das genannte Gesetz nur für stehende Gewerbe gilt, was Staub als Hinderungsgrund für seine Anwendung angibt, ist ein solcher nicht, da § 4 Absatz 3 nicht verlangt, dass in dem betreffenden Gesetze für alle Gewerbetreibenden die Grenze die gleiche ist.

Bovensiepen[2]) hat noch andere Bedenken gegen die Anwendung des preussischen Gesetzes. Er bekämpft vor allem Dove[3]), der die Anwendbarkeit behauptet. Man muss ihm insoweit Recht geben, dass Dove falsch sagt: „Das preussische Gesetz erfüllt die Voraussetzungen; denn wirtschaftlich wird im allgemeinen mit dem Anlage- und Betriebskapital auch der Geschäftsumfang und mit diesem der Ertrag steigen."

Wie aus späteren Ausführungen hervorgeht, ist das deshalb falsch, weil der Geschäftsumfang durchaus nicht etwa immer dem Anlagekapital entspricht. Dove selbst sagt denn auch, dass dies nur im allgemeinen der Fall sein werde. Wenn Dove ferner meint, dass der Gesetzgeber wohl in erster Linie an den grössten Einzelstaat Preussen gedacht habe und dass es sonst wohl damals keinen Einzelstaat gegeben habe, in dem der Nonsens einer nach dem Geschäftsumfang bemessenen Steuerpflicht bestanden habe, so liegt darin, wie Bovensiepen richtig sagt, keine wissenschaftliche Beweisführung. Bovensiepen[4]) meint aber weiter, dass bei unserer Auffassung der Art. 1 des preussischen A. G. unerklärlich wäre, nach dem der Minister für Handel und Gewerbe und der Minister des Inneren gemeinschaftlich zuständig sein sollen für den Erlass von Bestimmungen, nach welchem die Grenze des Kleingewerbes nach Massgabe des § 4 Abs. 3 näher festgesetzt werden soll. Wenn das preussische Gesetz die Besteuerung nach dem Geschäftsumfang bemesse, so wäre der Erlass solcher näheren Bestimmungen überflüssig und auch im Widerspruch zum Reichsrecht, nach dem nur in Ermangelung einer solchen Besteuerung die Festsetzung nach anderen Merkmalen erfolgen könne.

[1]) auch Dove in Holdheim 1898 S. 297 ff.
[2]) Bovensiepen S. 30.
[3]) Dove a. a. O.
[4]) Bovensiepen S. 31.

Diese Ausführungen stehen im Gegensatz zum Gesetz. Dieses sagt ausdrücklich: „Die Landesregierungen sind befugt, Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht usw. näher festgesetzt wird.“ Diese nähere Festsetzung überlässt das A. G. den genannten Ministern, die ihrerseits dabei zu berücksichtigen haben, ob eine solche Besteuerung vorhanden ist. Der Handelsminister ist, wie aus dem angeführten Rundschreiben hervorgeht, der Ansicht, dass den Organen der Landesregierung die Befugnis einer näheren Festsetzung auch hinsichtlich des Steuergesetzes durch § 4 Abs. 3 gegeben ist.

Fehlt nun eine derartige Besteuerung, so kann, wie gesagt, die Landesregierung andere Merkmale zur Grundlage nehmen. Eine derartige Festsetzung hat natürlich zu berücksichtigen, dass es im Abs. 1 des § 4 heisst: „Umfang des Kleingewerbes“[1]), so dass nicht etwa an die Art des Betriebes oder andere Umstände Rechtsfolgen geknüpft werden dürfen. Vielleicht kann sie den Geschäftsumfang im Anschluss an eine Betriebsstatistik als Grundlage nehmen.[2])

Die Regierungsorgane, die die Festsetzung vornehmen sollen, haben die meisten Bundesstaaten in den Ausführungsgesetzen und -Verordnungen bestimmt. Meist sind 2 Minister damit beauftragt, z. B. der Handels- und Justizminister oder der Justizminister und der Minister des Innern.[3]) Diese Minister müssen vor Erlass der Bestimmungen die Organe des Handelsstandes anhören.

Bis jetzt hat nur Schwarzburg-Rudolstadt von der Befugnis des § 4 Abs. 3 Gebrauch gemacht. In einer Verordnung vom 11. Dez. 1899 bestimmt diese Regierung: „Als Kleingewerbe sind diejenigen Betriebe anzusehen, bei denen weder der jährliche Ertrag 1000 M. noch das Anlage- und Betriebskapital 2000 M. erreicht.“ Auch Preussen hat bis jetzt keine Ab-

[1]) Staub S. 75, Anm. 11 d.

[2]) Gareis S. 24 Nr. 11.

[3]) Preussen A. G. v. 29. Sept. 1899, Art. 1, Bayern Verord. v. 24. Dez. 1899 § 25, Sachsen Verord. v. 10 Nov. 1899 § 1, Mecklenburg Ausfuhr-Verord. z. H. G. B. § 1.

grenzung gemäss § 4 Abs. 3 vorgenommen, die in dem Erlass des preussischen Handelsministers erlassenen Richtlinien sind noch nicht zur Ausführung gekommen.

Da Bestimmungen der Landesregierungen fehlen, muss man bei der Prüfung der Frage, was Kleingewerbe ist, andere Merkmale zur Abgrenzung benutzen. Die einzige Richtschnur bleibt der § 4 H. G. B. In Abs. 1 dieses Paragraphen heisst es, dass der Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehen darf.

Einen Anhaltspunkt, was das Gesetz entscheiden lassen will bei der Frage, wann die Grenze des Kleingewerbes überschritten ist, bietet § 4 Abs. 3. Da dort der nach dem Geschäftsumfang bemessene Steuersatz eine Rolle bei der Abgrenzung zugewiesen ist, kann man annehmen, dass der Geschäftsumfang bei Fehlen gesetzlicher Bestimmungen für den Richter die Grundlage der Abgrenzung bilden soll.

Was ist nun mit dem Geschäftsumfang gemeint? Falsch ist es, den § 2 zur Klarlegung des Begriffs Kleingewerbe heranzuziehen und zu sagen: „Kleingewerbe liegt dann vor, wenn ein Unternehmen nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen nicht erfordert." Diejenigen, die das tun, berufen sich vor allem auf die Denkschrift. Diese führt aus:[1]) „Ein Gewerbetreibender, welcher unter § 1 Abs. 2 fällt, ist vermöge der Vernunft des § 4 Abs. 1 nur dann zur Eintragung in das Handelsregister erst dann einzutragen, wenn sein Betrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, also wenn bei ihm zugleich die Voraussetzungen des § 2 vorliegen." Ferner meint die Denkschrift zu § 2: „Es erscheint nicht ratsam, die Gesellschaftsformen des Handelsrechts jedermann, also auch den Kleingewerbetreibenden zugänglich zu machen."

Es dürfte einigermassen zweifelhaft sein, was die Denkschrift damit hat sagen wollen, zumal sich auch das ganze Gegenteil aus ihr herauslesen lässt. So meint sie zu § 2[2]): „Was unter

[1]) Denkschrift S. 18, Mat. S. 205.
[2]) Denkschrift S. 12, Mat. S. 198.
[3]) Denkschrift S. 8, Mat. S. 195.

einem in kaufmännischer Weise geführten Geschäftsbetrieb zu verstehen ist und welche Unternehmungen ihrer Art und ihrem Umfang nach einen solchen Betrieb erfordern, braucht im Gesetz nicht näher bestimmt zu werden. In der Praxis wird die Entwendung keine Schwierigkeiten machen. Die Notwendigkeit einer nach kaufmännischen Grundsätzen geordneten Buchführung, der Gebrauch der Firma, die Art der Korrespondenz, der Kassenführung, der Zahlungsleistungen, der Verwendung gewisser Arten von Hilfspersonen und dergleichen mehr gewähren genügende Anhaltspunkte.[1] Andererseits sagt die Denkschrift zu § 6[2]): „Hierbei kann die Frage, wo die Grenze zwischen Kleinbetrieb und Großgewerbe zu ziehen ist, nicht lediglich der Entscheidung der einzelnen Registergerichte überlassen bleiben, es bedarf vielmehr bestimmter Vorschriften hierüber. Diese werden am besten in der Weise getroffen werden, dass die Abgrenzung nach Maßgabe des den Geschäftsumsatz (Geschäftsumfang) berücksichtigenden Steuereranlagung erfolgt."

Es bestände zwischen beiden Stellen ein krasser Widerspruch, wenn in § 2 und 6 dasselbe Prinzip maßgebend wäre; denn einmal wird dem Registerrichter das Vertrauen geschenkt, er werde die Grenze finden, das andere Mal soll ihm die freie Entscheidung durch die Bestimmung der Landesregierung genommen werden.[3]) Ähnlich weist Lotze[3]) darauf hin, dass es nicht für eine überlegte Redaktion, deren Arbeit doch allseitig gerühmt sei, spreche, wenn dasselbe Prinzip in so verschiedener Weise zum Ausdruck gebracht wäre.

Mit der Denkschrift und ihren Widersprüchen könnte man sich nun leicht abfinden deshalb, weil diese kein Gesetz ist; man wird ihr bei den vorhandenen Kontroversen am besten nach keiner Seite hin eine Bedeutung beimessen.

Zur Rechtfertigung unserer Ansicht, die die Anwendung des Begriffsmerkmals des § 2 verwirft, ist zu sagen, dass man nicht das Kriterium eines Paragraphen bei Auslegung eines

[1]) Denkschrift S. 15, Mat. S. 201.
[2]) Kuckuk S. 125, auch Lotze S. 410
[3]) Lotze S. 409.

anderen ohne weiteres verwenden darf. Dies wäre nur möglich, wenn es das Gesetz gestattete; es geht das aber in keiner Weise aus den betreffenden Paragraphen hervor. Dem Gesetzgeber stand es ja frei, den Begriff des Kleingewerbes durch Hinweis auf § 2 festzulegen, oder in § 2 zu sagen, dass das Kleingewerbe ausgeschlossen sei.[1])

Staub,[2]) der mit anderen die Ansicht vertritt, dass für die Abgrenzung des Kleingewerbes das Begriffsmerkmal des § 2 heranzuziehen sei, legt nun die in Betracht kommende Wendung dieses Paragraphen in eigenartiger Weise aus. Er misst dem Worte „Art“ keine Bedeutung bei und sagt: „Zur Annahme eines Kleingewerbes ist erforderlich ein Gewerbebetrieb von so geringem Umfang, dass der ordnungsgemässe Betrieb eine kaufmännische Einrichtung nicht erfordert.“ Dem ist entgegen zu halten, dass sich das Wort Art nicht aus dem § 2 streichen lässt; das Gesetz hat es gebraucht und dazu seinen Grund gehabt. Wenn ein Betrieb nur seines Umfanges wegen kaufmännische Einrichtungen erfordert, so ist damit noch nicht alles erfüllt, was § 2 verlangt; auch die Art des Unternehmens soll eine kaufmännische Organisation erheischen, was z. B. dann der Fall ist, wenn die betreffende Gewerbeart kompliziert ist, wenn gerade sie besondere Einrichtungen nötig macht. Andererseits genügt es natürlich auch nicht für sich, wenn die Gewerbeart zu kaufmännischen Einrichtungen hindrängt und der Betrieb deren auch nicht zugleich seines Umfanges wegen benötigt. Denn darauf ist zu achten, dass das Gesetz nicht sagt „Art oder Umfang“, was z. B. Kuckuk[3]) in den § 2 hineinlegen möchte, sondern „Art und Umfang“, wenn diesem auch zuzugeben ist, dass das Gesetz bei ersterer Fassung eine unklare Begriffsbestimmung vermieden hätte.

Das Wort „Art“ darf also bei Auslegung des § 2 nicht übersehen werden, und wer meint, dass § 2 das Kriterium für

---

[1]) Lotze S. 409, Bovensiepen S. 420.

[2]) Staub S. 63 ff. und S. 73 ff.

[3]) Kuckuk S. 127, auch K. G. i. Jahrb. Deutsch. Rechts 1904 § 2 Nr. 2.

die Grenze zwischen Kleingewerbe und Grossgewerbe liefert, der muss auch folgerichtig sagen: „Ein Kleingewerbe, liegt dann vor, wenn der Betrieb nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen nicht erfordert," und diese uneingeschränkte Folgerung machen manche.[1]) Daraus ergibt sich, dass die Anwendung gedachten Momentes ausser den schon erörterten Bedenken noch andere aufweist. Nach § 2 soll Art und Umfang entscheiden, nach § 4 ist nur der Umfang des Betriebs massgebend. Es ist also nicht das gleiche Prinzip in beiden Paragraphen ausgesprochen.[2]) Ausserdem soll die Art, der Gegenstand des Unternehmens für die Entscheidung, was Kleingewerbe ist, in keiner Weise mehr in Betracht kommen. Das war wohl nach altem H. G. B. der Fall, dessen Art. 10 mit seiner Aufzählung der einzelnen Arten von kleingewerblichen Betrieben allerdings zu der Untersuchung nötigte, um welchen Geschäftsgegenstand es sich handelte. Zu welchen Rechtsunsicherheiten das aber führte und dass das neue H. G. B. durch seine Betonung des Umfangs diese vermeiden wollte, ist oben ausgeführt.[3]) Zudem fällt, wie das Kammergericht[4]) bei Beleuchtung des § 4 betont, die Art des Betriebes, die für die Anwendung des § 2 von wesentlicher Bedeutung ist, hier weniger ins Gewicht, weil sie bei den an sich kaufmännischen Gewerben des § 1 von vornherein gegeben ist.

So ist diejenige Ansicht, die die Anwendung des § 2 verwirft, die richtige. Manche von denen, die diese Meinung vertreten, begehen aber, augenscheinlich wieder unter dem Ein-

---

[1]) Makower S. 15 IV, Grotefendt S. 41, R. G. i. Str. S. Bd. 34 S. 103 v. 19. Januar 1901, Bd. 35 S. 289 v. 13. Juni 1902, R. G. in Kaufmanns Rechtspr. 1902 S. 7 v. 6. Juni 1902, R. G. J. W. 1903 S. 140 [27] v. 17. Oktober 1902.

[2]) Goldmann S. 21 2a, Lehmann S. 31, Ritter S. 13, Plange S. 16, Buchka-Lehmann S. 210, Bovensiepen S. 27, Lotze S. 409, Weiss S. 19 ff. S. 30, Markus im Recht 1901 S. 170, K. G. Johow Bd. 21 S. 74 vom 10. Dez 1900, K. G. Mugdan-Falkmann Bd. 2 S. 143 v. 29. Okt. 1900, K. G. Mugdan-Falkmann Bd. 2 S. 395 v. 11. März 1901.

[3]) s. § 3 d. Abhdlg. S. 27, Denkschrift S. 15, Mat. S. 201.

[4]) K. G. Johow Bd. 22 S. 279 v. 13. Mai 1901.

flusse des § 2,[1]) einen weiteren Fehler. Sie formulieren,[2]) dass Grossbetrieb erst dann vorliege, wenn ein Geschäftsbetrieb so gross ist, dass das Unternehmen seines Umfanges wegen kaufmännische Einrichtungen erfordert, sonst Kleinbetrieb, oder sie lassen wie das Reichsgericht[3]) das Wort Umfang weg und behaupten: „Es kommt darauf an, ob das Geschäft einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert," oder endlich sie sagen wie Düringer:[4]) „Ein Kleinbetrieb liegt dann vor, wenn der Betrieb seinem ganzen Charakter nach für kleinere, begrenzte Verhältnisse berechnet ist, für die der Massstab eines eigentlichen kaufmännischen Geschäfts nicht passt."

Die Ansicht des Reichsgerichts gibt insofern zu Zweideutigkeiten Anlass, als nach dem allgemeinen Hinweis auf die kaufmännischen Einrichtungen ein Grossgewerbe auch dann anzunehmen wäre, wenn die Art des Unternehmens kaufmännische Einrichtungen erfordert, was wir ja schon als falsch abgelehnt haben. Düringers Formulierung besagt trotz des irreleitenden Wortes Charakter nichts anderes als eine Hervorhebung der Bedeutung des Umfanges, wenn man damit zusammenhält seine Bemerkung an anderer Stelle, zu § 2:[5]) „Durch den Hinweis auf den Umfang des Betriebes ist klargestellt, dass der Kleinbetrieb nicht unter § 2 fällt; denn dieser erfordert keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb."

Zur Widerlegung der Ansichten, die den Begriff des Grossgewerbes auf durch den Umfang des betreffenden Unternehmens nötig werdende kaufmännische Einrichtungen abstellen,[6]) ist mit

---

[1]) vgl. d. K. G. Jochow Bd. 22 S. 278: „Einen Anhaltspunkt dafür, was unter dem nicht registerpflichtigen Kleingewerbe zu verstehen ist, bietet, solange die Landesregierung von der Befugnis des § 4 Abs. 3 H. G. B. keinen Gebrauch gemacht hat, die Bestimmung in § 2," ähnlich Goldmann S. 31 I, R. G. in Kaufmanns Rechtspr. Bd. 1902 S. 7 v. 6. Juni 1902.

[2]) Goldmann S. 31, Weiss S. 33, Cohn im Recht 1903 S. 224, K. G. Johow 22 S. 276 ff., K. G. Mugdan-Falkmann 6 S. 466 v. 19. Jan. 1903.

[3]) R. G. in D. J. Z. 1904 S. 1187 v. 7. Okt. 1904.

[4]) Düringer S. 54 IV.

[5]) Düringer S. 39.

[6]) unserer Ansicht sind: Lotze S. 408 ff., Bovensiepen S. 24 ff., Ritter S. 19, Anm. 40, vgl. auch Schirrmeister Bd. 48 S. 446.

Lotze[1]) hervorzuheben, dass eine Steuerpflicht gemäss § 4 Abs. 3 danach, ob ein Betrieb solche Einrichtungen erfordert, undenkbar wäre und dass das Gesetz mit seinem Hinweis auf die Steuerpflicht nichts Unausführbares ausdrücken wollte.

Dagegen ist ein anderes Bedenken Lotzes[2]) zurückzuweisen, dass sehr oft auch ein Minderkaufmann seinem Geschäft eine kaufmännische Organisation geben werde, so dass das Erforderlichsein einer solchen Organisation wohl ein Abgrenzungsmerkmal bilden könne zwischen nichtkaufmännischen und kaufmännischen Gewerben, nicht aber zwischen dem Betriebe eines Minderkaufmanns und Vollkaufmanns. Lotze übersieht einmal, dass die Vertreter der entgegengesetzten Ansicht verlangen, dass der Betrieb eine kaufmännische Organisation erfordert, nicht, dass er eine solche hat. Ferner sagt Bovensiepen[3]) dem gegenüber mit Recht, dass es auch spezifisch Grosskaufmännische Organisationen gäbe, die natürlich auch bei der genannten Abgrenzung nur in Frage kämen. Die meisten von der Denkschrift genannten und schon erwähnten[4]) Merkmale für eine kaufmännische Organisation, eine Firma, eine nach kaufmännischen Grundsätzen geordnete Buchführung usw. sind im Hinblick auf § 4 als solche vollkaufmännischen Einrichtungen zu bezeichnen.

Der Auffassung, dass die auf dem Umfang beruhende Notwendigkeit kaufmännischer Einrichtungen das Unterscheidungsmerkmal zwischen Klein- und Grossbetrieb bildet, ist noch entgegenzuhalten, dass es nicht notwendig ist, dass ein Gewerbe mit grossem Geschäftsumfang stets dieses Umfanges wegen kaufmännische Einrichtungen erfordert, dass die Grenze des Kleingewerbes daher schon dann überschritten ist, wenn der Geschäftsumfang ein grosser ist, auch wenn im Einzelfall kaufmännische Einrichtungen nicht nötig sind.[5])

Was ist aber unter Geschäftsumfang zu verstehen? Hervorzuheben ist zunächst, dass Geschäftsumfang kein Begriff ist, der

---

[1]) Lotze S. 409, Bovensiepen S. 27.
[2]) Lotze S. 411.
[3]) Bovensiepen S. 28, vgl. auch Lehmann S. 31 Nr. 4.
[4]) s. oben S. 55.
[5]) vgl. Ritter S. 19, Anm. 40, auch Schirrmeister Bd. 48 S. 446.

in einem einzigen Unterscheidungsmerkmal besteht, es sind verschiedene Momente, die diesen Begriff ausmachen. Falsch sagt Lastig:[1]) „Das Kriterium des Kleingewerbes ist die Höhe des Umsatzes." Dazu, dass Geschäftsumfang sich nicht mit Geschäftsumsatz deckt, lassen sich besonders die Kommissionsberichte[2]) anführen. In der Regierungsvorlage stand im § 4 Abs. 3 der Ausdruck Geschäftsumsatz. Die Kommission setzte Geschäftsumfang an dessen Stelle, weil dieses der weitere Begriff sei, bei dem alle verschiedenen Momente wie Anlagekapital, Umsatz, Ertrag usw. berücksichtigt werden könnten.

Es lässt sich also der Geschäftsumfang auch nicht nur nach dem Ertrag oder allein nach dem Anlagekapital beurteilen. Andererseits ist zu sagen, dass auch eines dieser Momente einmal ohne Berücksichtigung bleiben kann. So kann das Anlagekapital klein sein, und der Umfang des Geschäfts ist ein grosser, und umgekehrt; es kann der Umsatz oder Ertrag geringfügig sein, und doch liegt Grossbetrieb vor, z. B. wenn mit Verlust gearbeitet wird. Dann wiederum können diese Momente zusammentreffen, ohne dass das Geschäft über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht.[3])

Es sind eine ganze Anzahl von Momenten, die auf die Entscheidung der Frage Einfluss gewinnen können, so die Gewerbesteuer, die Grösse und Beschaffenheit der dem Betrieb gewidmeten Räumlichkeiten, die Organisation des Betriebes, insbesondere, ob er in der Hauptsache von der persönlichen Arbeitskraft des Inhabers ausgefüllt wird oder ob darin eine grosse Anzahl von Angestellten unter Ausnutzung des Prinzips der Arbeitsteilung beschäftigt ist, das Mass der Inanspruchnahme des Kredits im Wechselverkehr, die mehr oder minder verwickelte Gestaltung der geschäftlichen Beziehungen, der Verkauf aus offenen Läden oder Magazinen, der Verkauf in der Originalverpackung oder erst nach Zerlegung in die entsprechenden kleineren Quantitäten, Vorliegen einer kaufmännischen Einrichtung, Verwendung von Maschinen. Endlich wird zu berücksichtigen sein, dass der Kleinhändler meist vom Grosshändler kauft, dieser

[1]) Lastig S. 52.
[2]) Kommiss.-Ber. S. 10, Mat. S. 540.
[3]) Staub S. 74, Anm. 8, Düringer S. 54 IV, Weiss S. 32, Jacobsen S. 17.

direkt vom Produzenten, indem er die Waren aus dem Erzeugungslande holt oder kommen lässt.[1])

Es sind damit in der Hauptsache quantitative Unterscheidungsmerkmale aufgeführt. Soweit die genannten Kriterien mehr qualitativer Natur sind, die Betriebsweise betreffen, wie Arbeitsteilung, Verwendung von Maschinen u. a., sind sie mit Vorsicht heranzuziehen; entscheidend sind sie nie, sie können vielmehr nur zur Unterstützung verwendet werden insofern, als von ihnen Schlüsse auf den Umfang des Geschäfts gezogen werden können.[2]) Es ist ferner auch nicht nötig, dass die Unterscheidungsmerkmale, die den Ausschlag geben können, sämtlich zusammentreffen.[3])

Wie das Kammergericht[4]) hervorhebt, ist eine zuverlässige Begrenzung wegen der Verschiedenheit nach Orten und Geschäftszweigen unmöglich. Damit ist einmal richtig gesagt, dass eine allgemeine Abgrenzungsnorm zwischen Gross- und Kleingewerbe, die sich in jedem Einzelfalle anwenden liesse, sich nicht finden lässt,[5]) da das eine Geschäft Umstände zu einem grossen machen, die bei einem anderen nicht in Betracht kommen können; denn es ist zu berücksichtigen, dass verschiedene Gewerbearten eine verschiedene Beurteilung verlangen. Ferner wird an verschiedenen Orten eine verschiedene Auffassung massgebend sein, welcher Umstand ja, wie ausgeführt, die Vorschrift des § 4 Abs. 3 hervorgerufen hat.

Zwar ist die Reichsgesetzgebung von der Ansicht ausgegangen, die Entscheidung, ob Gross- oder Kleinbetrieb vorliege, dürfe dem Registerrichter nicht allein überlassen werden;[6]) da jedoch landesgesetzliche Bestimmungen fehlen, kann nur

[1]) Goldschmidt S. 510 ff., Lotze S. 413, Weiss S. 32, Cohn im Recht 1903 S. 224 ff., R. G. in D. J. Z. 1904 S. 587 v. 7. Okt. 1904, K. G. Mugdan-Falkmann Bd. 6 S. 466 v. 19. Jan. 1903, Bd. 8 S. 244 v. 5. Okt. 1903, Jahrw. Bd. 22 S. 278 v. 13. Mai 1901.

[2]) Lotze S. 413; er sagt zwar, die qualitativen Momente geben den Ausschlag, die von ihm so genannten sind aber quantitative; ähnlich Frankenburger S. 15.

[3]) K. G. Jahrw. Bd. 22 S. 278, Mugdan-Falkmann Bd. 6 S. 467.

[4]) K. G. Jahrw. Bd. 22 S. 277, Protokolle S. 527.

[5]) Goldschmidt S. 509 ff., Cohn im Recht 1903 S. 223.

[6]) Denkschrift S. 15, Mat. S. 201.

dessen Einzelentscheidung in Betracht kommen. Er muss in jedem Falle die besonderen Verhältnisse prüfen und dann unter Berücksichtigung der oben genannten Momente einen Betrieb dem Gross- oder Kleingewerbe zuweisen. Die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen und die geeignet erscheinenden Beweise hat er von Amtswegen vorzunehmen gemäss § 12 F. G., insbesondere auch die Organe des Handelsstandes anzuhören, die ausserdem nach § 126 F. G. berechtigt sind, behufs der Verhütung unrichtiger Eintragungen sowie behufs der Berichtigung und Vervollständigung des Handelsregisters Anträge bei dem Registerrichter zu stellen. Besondere Schwierigkeiten bei der Abgrenzung wird der Fall bieten, dass das Gewerbe sich allmählig vergrössert, ohne dass es genau festzustellen ist, wann die Grenze des Kleingewerbes überschritten ist, ebenso der umgekehrte Fall, dass ein Grossbetrieb allmählig zum Kleingewerbe hinabsinkt.

Wir haben die kaufmännische Organisationsnotwendigkeit als ausschlaggebendes Unterscheidungsmerkmal nicht anerkannt, doch möchten wir dem Umstande, dass ein Betrieb seines Umfangs wegen kaufmännische Einrichtungen erfordert, eine gewisse Rolle zuweisen. Wie ausgeführt, ist es unbestreitbar, dass es Betriebe gibt, die einen grossen Geschäftsumfang besitzen und dabei keiner kaufmännischen Einrichtung benötigen; aber wenn andererseits feststeht, dass ein Betrieb seines Umfanges wegen solche kaufmännische Organisation erfordert, so gehört er sicher dem Grossgewerbe an. Denn das ist unmöglich, dass ein Betrieb seines Umfanges wegen kaufmännische Einrichtungen nötig hat und dennoch nicht zu den Grossgewerben zu zählen ist. Damit, dass ein Betrieb derart beschaffen ist, ist mehr erfüllt, als dass er allein die Grenze des Kleingewerbes überschritten hat.

Im nächsten Paragraphen[1]) beschäftigt uns, ob etwa ein als Handwerk festgestellter und deshalb seinen Inhaber zum Minderkaufmann machender Betrieb nach § 2 zur Eintragung gebracht werden kann, wenn er die dort genannten Erfordernisse erfüllt, und ob er auf diese Weise ein vollkaufmännischer werden

[1]) s. S. 81 ff.

kann. Die gleiche Frage kann betreffs des Kleingewerbes nicht aufgeworfen werden, weil ja im § 2 mehr verlangt wird, als dass der Betrieb den Umfang des Kleingewerbes überschritten hat. Ein Betrieb, der nicht einmal Grossgewerbe ist, also keinen grossen Geschäftsumfang hat, ist erst recht nicht ein solcher, der nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert, abgesehen davon, dass dem Kleingewerbe auch die Eintragung wegen des in § 2 verlangten Vorhandenseins einer Firma versagt ist.

Das Resultat der Untersuchung, wann die Grenze des Kleingewerbes überschritten ist, ist also folgendes: Ein Betrieb ist dann zum Grossgewerbe geworden, wenn der Umfang des Geschäfts ein grosser ist. Wann dies der Fall ist, lässt sich nicht nach einem allgemein giltigen Massstabe feststellen, die Prüfung des Richters wird in jedem Falle eine besondere sein. Steht fest, dass ein Unternehmen seines Umfanges wegen kaufmännische Einrichtungen erfordert, so ist die Annahme geboten, dass ein Grossbetrieb vorliegt; doch gibt es Grossbetriebe, bei denen von einer solchen Notwendigkeit nicht die Rede ist.

§ 6.

Die Handwerker.

Wodurch ein Handwerker sich von anderen Gewerben abhebt, ist in § 4 behandelt worden; hier ist es die Hauptaufgabe, zu zeigen, wannn ein dem Handwerk zuzurechnender Betrieb das Handwerksmässige abstreift, womit auch festgestellt wird, wann die betreffenden Unternehmungen das Minderkaufmännische ablegen und ihrem Inhaber die Vollkaufmannseigenschaft verleihen, da nur die kaufmännischen Handwerker für unsere Untersuchung in Betracht kommen. Voraussetzung für diese Kaufmannseigenschaft der Handwerker ist, dass ein Handelsgewerbe betrieben wird, wie aus früheren Ausführungen hervorgeht. So sind, wie auch hier hervorgehoben werden möge, nach §§ 2 und 3 keine Handwerkerkaufleute denkbar, weil die dortgenannten Gewerbe Handelsgewerbe erst mit der Eintragung werden, die § 4 wieder den Handwerkern versagt.[1])

[1]) vgl. § 3 d. Abhdlg. S. 30 ff.

Kaufleute können also nur die Handwerker des § 1 sein. Die in Ziff. 3 bis 8 genannten Gewerbearten bieten überhaupt keinen Raum für ein Handwerk, sie geben nur Material für die sonstigen Kleingewerbe. Rudorff,[1]) der mit seiner Bemerkung, es könnte allenfalls nach Ziff. 5 Handwerker geben, vielleicht an die Beförderung zur See mittels kleiner Kähne oder an Schleppunternehmungen mit Schleppbooten gedacht hat, ist nicht zuzustimmen, da sich solche Betriebe, wie aus § 4 der Abhandlung hervorgeht, nicht als Handwerke kennzeichnen.

Damit nach Ziff. 2 und 9, die zweifellos dem Kreise der Handwerke zugehörende Betriebe nennen, ein Unternehmen seinen Inhaber zum Kaufmann macht, ist es notwendig, dass es über den Umfang des Handwerks hinausgeht, was nach späterer Ausführung soviel heisst, als dass kein handwerksmässiger Betrieb vorliegen darf. Geht der Betrieb über das Handwerksmässige hinaus, so macht er, wie ein Blick auf § 4 zeigt, seinen Inhaber zum Vollkaufmann. Handwerkerminderkaufleute ergeben die Ziff. 2 und 9 nicht; die Bemerkung im vorigen Paragraphen,[2]) dass ein Gewerbe, das über das Handwerksmässige hinausgeht und dabei doch Kleingewerbe bleibt, seinen Inhaber zum Minderkaufmann macht, spricht nicht dagegen, denn ein Handwerk liegt ja dann nicht mehr vor.

Dass Handwerker als solche, soweit sie unter Ziff. 2 und 9 fallen, unter Umständen Kaufleute und zwar nach § 4 Minderkaufleute sein können, meinen Goldmann und Makower.[3]) Ihre Ansicht geht dahin, dass das dann der Fall sei, wenn ein Betrieb zwar ein handwerksmässiger bleibe, aber über den Umfang des Handwerks hinausgehe. Sie meinen also, dass das Gesetz mit seiner Ausdrucksweise eine quantitative Unterscheidung innerhalb des, wie noch zu zeigen ist, durch qualitative Merkmale seine Stellung gewinnenden Handwerks hat geben wollen. Daran hat das Gesetz nicht gedacht; das ergeben auch die Kommissionsberatungen:[4]) Man wollte durch einen Antrag, auch

---

[1]) Rudorff S. 5.

[2]) s. S. 47 ff.

[3]) Goldmann S. 30 1, Makower S. 11 d und 19 III gegen Plange S. 9, Weiss S. 21, Anm. 3, Bang S. 54 ff.

[4]) Komm. Ber. S. 2, Mat. S. 533, s. § 2 d. Abhdlg. S. 19.

in Ziff. 1 des § 1 den Zusatz aufzunehmen „sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht“ die Handwerker durchweg vom Handelsrecht ausschliessen und nicht etwa die Handwerker, die Betriebe von geringem Umfange innehatten.

So bleibt nur Ziff. 1 für die Handwerkerkaufleute. Die dort genannten Handwerker sind, solange ihr Betrieb in den Grenzen des Handwerks bleibt, Minderkaufleute; streifen sie das Handwerksmässige ab, dann werden sie Vollkaufleute und bleiben, wie schon gesagt, Minderkaufleute nur dann, wenn der Betrieb nicht zugleich über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht. Von den in Ziff. 1 genannten Gewerben kommen nur die für Handwerker in Betracht, bei denen Waren angeschafft und nach einer Be- oder Verarbeitung weiterveräussert werden. Fällt diese Bearbeitung weg oder handelt es sich um Anschaffung und Veräusserung von Wertpapieren, so ist nur Raum für andere, nicht dem Handwerk zuzurechnende Gewerbe.

Da nun die Kaufmannseigenschaft des Handwerkers davon abhängt, ob er unter § 1 Ziff. 1 oder unter Ziff. 2 und 9 fällt, so ist die Entscheidung einiger Fälle, die betreffs der Zuweisung Zweifel bieten könnten, von Wichtigkeit.

Unwesentliche und nur gelegentliche Anschaffungen und Weiterveräusserungen unterstellen ein Gewerbe, das unter Ziff. 2 oder 9 fällt, nicht der Ziff. 1.[1]) So ist es vor allem ohne Einfluss auf die Stellung eines Handwerks, dass dessen Inhaber Zutaten wie Knöpfe, Futter oder Arbeitsmittel wie Lack, Farbstoffe anschafft und diese mit dem Produkt seiner Arbeit verbindet oder dass er sein Arbeitserzeugnis mit Dingen versieht, die es nur schützen sollen, so mit Packpapier. Diese Gegenstände werden immer nur in Verbindung mit der Hauptsache weiter veräussert. Auch Unterstützungsmittel wie Brennmaterialien und Arbeitsgeräte dienen nur zur Bearbeitung der Hauptsache und kommen ferner nicht aus der Hand des Unternehmers, so dass bei beiden von einer Weiterveräusserung nicht die Rede sein kann.[2]) Wenn bei einem Handwerk der Besteller an

[1]) s. § 8 d. Abhdlg. S. 96.

[2]) Goldschmidt S. 559, Anm. 33, v. Hahn II S. 21 ff. § 16, Lehmann S. 21 Nr. 52, Staub S. 51, Anm. 41, Bang S. 68, Goldmann S. 11 Nr. 3, R. G. v. 13. Dez. 1895 in St. S. Bd. 28 S. 59; den genannten Grundsatz lässt z. B. § 651 Abs. 2 B. G. B. erkennen.

den Handwerker den Stoff verkauft und der Besteller den bearbeiteten Stoff wieder zurückkauft, so fällt das Handwerk unter Ziff. 1; denn dass zufällig der Besteller der Verkäufer der Sache ist, hindert nicht die Anwendung dieser Ziffer. Allerdings müssen wirklich zwei getrennte Geschäfte vorliegen.[1]) Goldschmidt meint, dass man nur dann zwei getrennte Geschäfte annehmen könne, wenn es dem Besteller gleichgültig ist, ob das Produkt aus dem gelieferten oder aus fremdem, wenn nur gleichartigem Rohstoffe gewährt wird. Diese Einschränkung braucht nicht gemacht zu werden. Andererseits bietet der Umstand, dass der Besteller das Material vorher von dem Unternehmer gekauft hat und es diesem dann zur Bearbeitung übergibt, keine Annahme dagegen, dass § 1 Ziff. 2 zur Anwendung kommt. Doch müssen auch hier zwei gesonderte Verträge vorliegen, was nach Staub[2]) allerdings nur dann vorkommen wird, wenn der Übernehmer als berechtigt gilt, auch den einen Vertrag, Kauf des Stoffes, gesondert zu erfüllen und die Annahme der Erfüllung dieses Vertrages nicht abgelehnt werden kann, weil die Bearbeitung nicht erfolgt ist.

Unter den Druckereien der Ziff. 9 sind nie Stoffdruckereien oder Tapetenfabriken zu verstehen.[3]) Deutlicher war das aus dem alten H. G. B. zu entnehmen, in dem durch die Stellung der Druckereien unter die gleiche Ziffer wie die Verlagsgeschäfte und die Geschäfte des Buch- und Kunsthandels die Verwandtschaft mit diesen Gewerben ausgedrückt war. Die Stoffdruckereien usw. fallen im allgemeinen unter Ziff. 1 und können ihre Inhaber sehr wohl zu Minderkaufleuten machen; unter Umständen fallen sie natürlich auch unter Ziff. 2.

Ein Handwerk kann nun, soweit ihm nach Gesagtem die Minderkaufmannseigenschaft zukommt, dieselbe auch nur solange geniessen, als sich sein Betrieb innerhalb des Handwerksmässigen hält. Geht der Betrieb über diese Grenzen hinaus, so wird sein Inhaber Vollkaufmann. Es ist also, wie schon gesagt, zu unter-

[1]) Goldschmidt S. 548 und S. 549, Anm. 13, Lehmann S. 22 Nr. 54.

[2]) Staub S. 53 Nr. 53, auch Behrend § 27, Anm. 7 v. Hahn II S. 31 § 3.

[3]) Goldschmidt S. 647, v. Hahn II S. 40 § 21, Staub S. 58, Anm. 76, Lehmann S. 30 Nr. 70, Goldmann S. 19 u. a.

suchen, welche Anforderungen ein Betrieb erfüllen muss, damit er diese Grenzen überschreitet.

In der Literatur und der Rechtsprechung ist die Meinung herrschend, dass das dann der Fall sei, wenn ein Betrieb zu einer Fabrik würde. Dieses ist eine verfehlte Ausdrucksweise. Das Wort Fabrik findet sich an keiner Stelle des H. G. B. Es ist vielmehr ein Ausdruck, den die Gewerbeordnung, das Haftpflichtgesetz und das Unfallversicherungsgesetz enthalten.

Auch für diese Gesetze ist der Begriff kein einheitlicher. Wenn z. B. das Unfallversicherungsgesetz abgesehen von anderen Betrieben insbesondere diejenigen als Fabriken bezeichnet, in welchen die Bearbeitung von Gegenständen gewerbsmässig ausgeführt wird und in welchen zu diesem Zwecke mindestens zehn Arbeiter regelmässig beschäftigt werden, so zeigt die hinzugefügte Einschränkung: „Der Betrieb gilt als Fabrik nur im Sinne dieser Sondergesetzgebung", dass der Begriff z. B. nicht für die Gewerbeordnung verwendbar ist. [1])

Dass das H. G. B. den Ausdruck Fabrik vermieden hat, wäre noch kein Grund dagegen, die über das Handwerksmässige hinausgehenden Betriebe so zu bezeichnen, wenn damit eine richtige Ausdrucksweise gewählt wäre. Es ist aber schon deshalb verkehrt, jeden derartigen Betrieb eine Fabrik zu nennen, weil manche Arten von Unternehmungen, selbst bei grösster Bedeutung, nie zu einer Fabrik werden können. Bei Beratung des alten H. G. B. [2]) wurde zu Art. 272 Ziff. 1 ein Antrag gestellt, statt der Worte „wenn der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht" die Wendung zu setzen „wenn der Betrieb fabrikmässig ist". Dieser Antrag wurde aber abgelehnt, weil bei manchen Grossbetrieben, z. B. Färbereien, Bleichereien, der Ausdruck Fabrik nicht gebräuchlich sei. So bezeichnet auch die Gewerbeordnung nicht alle Betriebe von gewisser Bedeutung als Fabriken. Das zeigt neben anderen vor allem § 154, wo es heisst: „Die Bestimmungen der §§ 134 bis 139 b. über Fabriken finden auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Hüttenwerken, in Zimmerplätzen und anderen Bauhöfen, in Werften sowie in solchen Ziegeleien, über Tage betriebenen Gruben und

[1]) Fuld S. 546, v. Landmann II S. 286.

[2]) Protokolle S. 531, Goldschmidt S. 532, Anm. 39.

Brüchen, welche nicht bloss vorübergehend oder in geringem Umfang betrieben werden, entsprechende Anwendung.[1]) Es sind damit zum Teil Betriebe genannt, die für das Handwerk nach § 4 der Abhandlung nicht in Betracht kommen. Es zeigt sich darin aber auch, dass die von § 1 Ziff. 1 nicht betroffenen und daher für die Kaufmannseigenschaft nicht in Betracht kommenden Handwerker ihren Betrieb meist nie zu einer Fabrik ausgestalten können; nicht kann man ein bedeutendes Unternehmen, das sich mit dem Anstreichen von Häusern beschäftigt, im Gegensatz zum Malerhandwerk als Fabrik bezeichnen, ebensowenig ein Bauunternehmen dem Maurerhandwerk gegenüber. Aber auch manche Handwerksbetriebe, die als solche ihre Inhaber zu Kaufleuten machen, können nie zu einer Fabrik auswachsen, so z. B. die schon genannten Bleichereien.

Dass die genannten Unternehmungen nicht als Fabriken bezeichnet werden, dürfte vor allem darin seinen Grund haben, dass der Betrieb nicht in geschlossenen Räumen vor sich geht. Dazu liesse sich vielleicht ein Antrag anführen, der zur Novelle zur Gewerbeordnung von 1878 gestellt wurde, als Fabriken zu bezeichnen Gewerbeunternehmungen, welche in geschlossenen Etablissements . . . . . betrieben werden.[2]) Wie das Reichsgericht ausführt, wurde diese Definition zwar in das Gesetz nicht aufgenommen, aber zunächst nur deshalb, weil die Kommissionsmehrheit die in den Motiven ausgesprochene Ansicht teilte, dass die Anwendbarkeit des Fabrikbegriffs bezüglich der grossen Mehrzahl der gewerblichen Anlagen in der Praxis keinem Zweifel unterliegen werde. Zum Teil mangelt den oben genannten Betrieben, dass sie eine Tätigkeit nicht an beweglichen Gegenständen vornehmen, was zum Fabrikbegriff notwendig ist.[3]) Für unsere Untersuchung genügt die Feststellung, dass nicht alle nichtmehrhandwerksmässigen Betriebe Fabriken zu nennen sind.

Fabriken sind auch nicht diejenigen nichtmehrhandwerksmässigen Unternehmungen, denen eine gemeinsame Betriebsstätte

---

[1]) vgl. auch § 154 a Gew. O.

[2]) R. G. in St. S. Bd. 14 S. 426 v. 18. Okt. 1886, dageg. v. Landmann II S. 26 e.

[3]) v. Landmann II S. 27.

nicht zur Verfügung steht; denn das Vorhandensein einer solchen ist ein nicht entbehrliches Begriffsmerkmal der Fabrik.[1]) So hat das Reichsgericht[2]) sich ausgesprochen bei Entscheidung der Frage, ob ein Unternehmen als Fabrik zu bezeichnen sei, das sich mit der Herstellung von Öfen beschäftigt, bei dem aber die Ofenkacheln und Metallteile nicht vom Inhaber selbst fabriziert wurden, sondern anderweit bezogen wurden und aus ihnen die Öfen unmittelbar in den Räumen, in welchen sie ihre Stelle finden sollten, zusammengesetzt wurden: „Ohne Zweifel würde ein so beschaffenes Unternehmen als ein Fabrikunternehmen dann erscheinen, wenn die Arbeit des Personals in den Räumen des Geschäfts geschähe." So erscheinen auch Unternehmungen, die an und für sich die Möglichkeit zulassen, dass der Betrieb einen fabrikmässigen darstellt, im Einzelfalle nicht als Fabriken, wenn sie das Handwerksmässige abstreifen.

Dass der Ausdruck Fabrik für handelsrechtliche Verhältnisse entbehrlich ist, geht aus einer anderen Entscheidung des Reichsgerichts[3]) hervor. Es handelt sich dort darum, ob ein Unternehmen, das sich mit der Anfertigung von Kleidungsstücken beschäftigt, eine Fabrik im Sinne der Gewerbeordnung ist. Der Inhaber ist eingetragener Kaufmann, weil der Betrieb die Grenzen des Handwerks überschreitet. Gewisse Momente, die zu dieser Annahme geführt haben, will das Reichsgericht als massgebend für die Annahme des Fabrikbegriffs angesehen wissen; es stellt also Fabrik und Vorliegen eines mehr als handwerksmässigen Betriebes als zwei nicht zu verwechselnde Dinge hin.

Man mag also sagen, dass Betriebe, die sich in geschlossenen Räumen mit beweglichen Gegenständen befassen, als Fabriken dann zu bezeichnen sind, wenn sie über das Handwerksmässige hinausgehen, sofern eine gemeinsame Betriebsstätte zur Verfügung gestellt ist, man soll aber nicht jeden nichtmehrhandwerksmässigen Betrieb als Fabrik bezeichnen.

Weil also nicht nötig ist, dass ein Betrieb eine Fabrik ist, damit man von ihm sagen kann, dass er über das Handwerksmässige hinausgeht, so ist im folgenden die Gegenüberstellung

---

[1]) v. Landmann II S. 26e und S. 283 ff.
[2]) R. G. in Z. Bd. 57 S. 386 ff. v. 12. April 1904.
[3]) R. G. in St. S. Bd. 14 S. 427 v. 18. Okt. 1886.

von Handwerk und Fabrik vermieden worden und dafür das Nichtmehrhandwerksmässige zum Handwerksmässigen in Gegensatz gebracht.

Hier muss noch kurz der Auffassung Lastigs[1]) von Fabrik und Handwerk Erwähnung getan werden. Er sagt auch, dass beide Begriffe keine Gegensätze seien, und scheint so unserer Auffassung zu sein. Im weiteren kommt er jedoch zu der Behauptung, dass dies deshalb nicht der Fall sei, weil auch Handwerker als solche ihr Unternehmen fabrikmässig betreiben könnten. Das ist eine Verkennung der Begriffe. Handwerk und Fabrik sind zwei verschiedene Betriebsformen, die nie ineinander übergreifen; es kann jemand sein Handwerk, solange es Handwerk bleibt, nicht fabrikmässig betreiben.

Da also eine Fabrik immer ein nichtmehrhandwerksmässiges Unternehmen ist, so kann man sagen: „Steht fest, dass es sich bei einem Betrieb um eine Fabrik handelt, so ist die Grenze des Handwerks überschritten."

Welche Momente sind es nun, die den Begriff Handwerk als gegeben erscheinen lassen, und wie muss sich ein Betrieb darstellen, damit § 4 nicht mehr auf ihn Anwendung findet? Wie andere Gesetze, für die die Festsetzung dieser Grenze Wichtigkeit hat, z. B. die Gewerbeordnung, das Unfallversicherungsgesetz, vermeidet das H. G. B. deren Festlegung. Es würde, wie sich aus dem folgenden ergibt, die Abgrenzung zwischen Handwerk und Nichtmehrhandwerksmässigem zu grosse Schwierigkeiten bieten. Ferner würde auch die Festhaltung des Handwerksbegriffs für längere Zeit nach feststehenden Unterscheidungsmerkmalen unmöglich sein, da die fortschreitende Entwicklung die Handwerker zu ganz anderen Einrichtungen, Betriebsordnungen und Hilfsmitteln veranlasst, so dass bald die Kriterien in anderem gesucht werden müssten, als es für das augenblickliche Stadium nötig ist.[2]) So muss der Begriff Handwerk dem Nichtmehrhandwerksmässigen gegenüber auf andere Weise erklärt werden.

---

[1]) Lastig S. 65 ff., auch Frankenburger S. 10, dagegen Bang S. 55, Anm. 2.

[2]) Komm. Ber. S. 4, Mat. S. 535.

Das Gesetz wollte den Handwerkern, wie schon ausgeführt, eine von den übrigen Gewerbetreibenden gesonderte Stellung einräumen. Das zeigt die Nebeneinanderstellung der Begriffe im § 4 ebenso wie die Tatsache, dass nach Abs. 3 des § 4 die Landesregierung zwar das Recht hat, die Grenze des Kleingewerbes, nicht aber die des Handwerks näher festzusetzen. Der Relativsatz in § 4 Abs. 1 bezieht sich nur auf „Personen“,[1]) so dass nicht etwa aus diesem Grunde anzunehmen ist, dass bei Handwerkern ebenso wie bei Kleingewerbetreibenden der geringe Umfang das Wesentliche dafür ist, dass sie Minderkaufleute bleiben. Diese Feststellung lässt gerade deutlich erkennen, dass das Gesetz nur bei den Kleingewerbetreibenden, nicht auch bei den Handwerkern an den kleinen Umfang als das Unterscheidende dem vollkaufmännischen Betriebe gegenüber gedacht hat. Auch die Kommissionsberichte[2]) zeigen, dass das H. G. B. den Handwerkern eine besondere Behandlung zu teil werden lassen will. Es war der Antrag gestellt worden, die Worte „auf Handwerker“ zu streichen, da es genügend sei, die Unterscheidung zwischen Klein- und Grossgewerbe festzuhalten. Dem wurde entgegengehalten, dass auch der im grossen betriebene Handwerksbetrieb sich nicht für die vollen Rechte und Pflichten des Kaufmanns eigne. Die Denkschrift[3]) drückt die eigentümliche Stellung der Handwerker durch die Worte aus: „Dagegen führt der Entwurf die Handwerker wiederum besonders auf; dem Handwerkerstande muss die durch seine Betriebsverhältnisse bedingte Sonderstellung wie bisher gewahrt bleiben.“ Wie schon erwähnt,[4]) bestand diese Sonderstellung des Handwerks darin, dass ihm als entscheidendes Merkmal die Grösse des Betriebs fremd war; dass diese eigentümliche Stellung den Handwerkern auch im alten H. G. B. gewahrt war, ist unten zu erörtern.[5]) Es wäre auch nicht einzusehen, weshalb § 4 Abs. 3 den beiden Gruppen von Minderkaufleuten verschiedene Behandlung zu teil werden lässt,

---

[1]) Lehmann S. 39 Nr. 3, K. G. v. 9. Nov. 1903, Mugdan-Falkmann S. 92, v. 11. Dez. 1903 ebenda S. 251.

[2]) Komm. Ber. S. 9, Mat. S. 539.

[3]) Denkschrift S. 16 ff., Mat. S. 201.

[4]) s. § 4 d. Abhdlg. S. 43 ff.

[5]) s. S. 79.

wenn die Unterscheidung zwischen Handwerk und Nichtmehrhandwerksmässigem in denselben Merkmalen zu suchen wäre, die Gross- und Kleingewerbe trennen.

Wenn also ein Handwerker ein Gewerbe von einem Umfang betreibt, der einen anderen Gewerbetreibenden zum Vollkaufmann macht, so bleibt er Minderkaufmann, wenn nur der Betrieb den Charakter des Handwerks nicht verliert.[1])

Wodurch verliert aber ein Betrieb diesen Charakter? Eine Feststellung der Grenze ist wichtig. Es wird sich zwar von den meisten Betrieben ohne weiteres sagen lassen, ob sie handwerksmässig sind oder ob sie über die Grenzen des Handwerks hinausgehen; doch wird es andererseits viele schwer zu beurteilende Grenzfälle geben. Am schwierigsten wird wie beim Kleingewerbe die Untersuchung dann sein, wenn ein Handwerksbetrieb allmählich an Bedeutung gewinnt oder verliert. In Judikatur und Literatur ist oft versucht worden, die Grenze zwischen Fabrik und Handwerk zu ziehen. Zwar ist, wie ausgeführt, nicht jedes Handwerk, sobald es das Handwerksmässige abstreift, eine Fabrik. Doch haben die genannten Untersuchungen auch für uns ihren Wert; denn die Merkmale, die eine Fabrik von den entsprechenden handwerksmässigen Betrieben trennen, sind dieselben wie die, welche die übrigen Handwerker vom Nichtmehrhandwerksmässigen unterscheiden.

Nie wird eine einzelne Tatsache bei der Grenzfestsetzung zu Grunde zu legen sein. Vielfach findet sich die Ansicht, dass das Handwerksmässige dann entfällt, wenn Motore oder Maschinen im Betrieb zu Hülfe genommen werden, so, wenn in den Protokollen zum alten H. G. B.[2]) die Definition vorgeschlagen wurde: „Handwerksbetrieb liegt vor, insoweit die Handarbeit den vorherrschenden Faktor der Werterzeugung

[1]) Dieser Ansicht sind: Erlass des preuss. Ministers f. Handel u. Gewerbe vom März 1901, bei Lastig S. 62, Lehmann S. 39 Nr. 3, Goldmann S. 29 I, Cosack S. 48 II, Lastig S. 70, Bovensiepen S. 21, R. G. in St. S. Bd. 24 S. 356 vom 2. Nov. 1893, ebenda S. 81 v. 28. Febr. 1893, Bayerisch. Oberst. L. G. Johow 27 S. 301 ff. v. 11. Dez. 1903, Beschl. v. 16. Jan. 1903, Mugdan-Falkmann 6 S. 234 ff., Preuss. Ober V. G. v. 30. Juni 1904 D. J. Z. 1905 S. 126 u. a.

[2]) Protok. S. 514.

bildet," so, wenn Lehmann[1]) sagt: „Handwerker bleibt, wer mit seinen und seiner Gesellen Händen das Werk beschafft." Dass Maschinen verwendet werden, ist für sich allein keinesfalls ausschlaggebend. Es gibt heute viele Betriebe, die Maschinen gebrauchen, bei denen aber andere Merkmale fehlen, die vorhanden sein müssen, um sie über das Handwerksmässige zu erheben; auf der anderen Seite gibt es nichtmehrhandwerksmässige Unternehmungen, die ohne Maschinen auskommen, z. B. Zigarrenfabriken, Blumenfabriken.[2]) Falsch ist es auch, wenn die Arbeit auf Vorrat als entscheidendes Merkmal für das Nichtmehrhandwerksmässige, die Arbeit auf Bestellung als ausschlaggebendes Moment für das Handwerk aufgeführt wird; denn auch dazu ist zu sagen, dass bei manchen nichtmehrhandwerksmässigen Betrieben nur auf Bestellung, bei manchen Handwerken nur auf Vorrat gearbeitet wird.

Insbesondere ist auch der Name, den sich jemand gibt, nur mit Vorsicht zur Abgrenzung zu verwenden, da viele Handwerker sich Fabrikanten nennen, während andere Gewerbetreibende, die Fabrikanten sind, diese ihre Stellung in ihrem Namen nicht kundgeben.[3])

Es sind eine ganze Reihe von Kriterien, die bei der Unterscheidung zwischen Handwerk und Nichtmehrhandwerksmässigem zu berücksichtigen sind. So sprechen für das Vorliegen eines Handwerks folgende Merkmale: Überwiegen der persönlichen Arbeitskraft des Meisters, das Vorliegen eines Lehrlingsverhältnisses, die Tatsache, dass der Meister derselben sozialen Klasse angehört wie die Angestellten, Produktion mehr auf Bestellung als auf Vorrat, wenig ausgebildete Arbeitsteilung, Arbeit nur für den lokalen Markt, Absatz der hergestellten Waren im einzelnen, individuelle Bearbeitung des einzelnen Stückes.

Dass ein nichtmehrhandwerksmässiger Betrieb vorliegt, kann man dagegen daraus schliessen, dass der Unternehmer sich auf

---

[1]) Lehmann S. 39 Nr. 3.

[2]) Goldschmidt S 514, v. Landmann II S. 284, Bang S. 64 ff., Weiss S. 11, O. L. G. Posen in Kaufmanns Rechtsprechung 1904 S. 13 v. 2. Jan. 1904.

[3]) Puchelt I S. 40, Fuld S. 544, Königsberger S. 8.

die technische oder kaufmännische Oberleitung beschränkt, dass zahlreiches Kontorpersonal verwendet wird, dass ein arbeitendes Verfahren angewendet wird, die beschäftigten Personen von besonderer Qualität, die Betriebsräumlichkeiten und -einrichtungen von besonderer Beschaffenheit sind, dass Maschinen verwendet werden, dass der Absatz jedesmal in grösseren Partien erfolgt, die Erzeugnisse nach der Schablone hergestellt werden, dass Wechselkredit vorhanden ist.[1])

Die genannten Momente stellen sich als solche dar, die auf der Art und Weise des Betriebes beruhen, die qualitativer Natur sind. Auf sie ist vor allem Gewicht zu legen. Quantitative Merkmale, die bei der Abgrenzung des Kleingewerbes die Hauptrolle spielen, können hier, wie schon gesagt, als ausschlaggebend nicht in Betracht kommen. Merkmale dieser Art wie Umsatz, Ertrag, Anlagekapital, Zahl der Arbeiter, Grösse der Arbeitsräume, Betrag der Gewerbesteuer, Grösse des Einkaufs, werden sich nur zur Unterstützung heranziehen lassen. So ist dem Reichsgericht[2]) beizupflichten, wenn es sagt: „Die Höhe des Umsatzes ist von Bedeutung, vermag jedoch die Annahme eines Fabrikbetriebes nur zu begründen, wenn der Umfang des Geschäftes in der Organisation des Betriebes einen entsprechenden Ausdruck erhalten hat," oder wenn es an anderer Stelle[3]) ausführt: „Die Höhe des Umsatzes ist nur insoweit von Bedeutung, als sie mit der Einrichtung des Betriebes zusammenhängt." Dieser Zusammenhang ist keineswegs immer gegeben, ein nichtmehrhandwerksmässiger Betrieb braucht, wie aus unserer Ausführung hervorgeht, noch keinen grossen Umfang zu haben, weil Art und Weise des Geschäftsbetriebes und Umfang zwei nebeneinandergehende Momente sind. Deshalb kommt Bang[4]) zu falschen Folgerungen, wenn er sagt: „Der Umfang des

[1]) Goldschmidt S. 513 ff., Puchelt I S. 40, Goldmann S. 29 I 1., v. Landmann I S. 654 d II S. 283, Weiss S. 13, Plange S. 12, R. G. i. St. S. Bd. 14 S. 426 v. 18. Okt. 1886, Bd. 24 S. 357 v. 26. Mai 1893, Bd. 25 S. 5 v. 28. Nov. 1893, Bd. 36 S. 38 v. 30. Dez. 1902, O. L. G. München v. 6. Dez. 1886 in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 34 S. 160, Oberstes L. G. München in Mugdan-Falkmann Bd. 8 S. 251 v. 11. Dez. 1903.

[2]) R. G. in St. S. Bd. 31 S. 179 v. 14. Juni 1898.

[3]) R. G. in St. S. Bd. 25 S. 5 v. 28. Nov. 1893.

[4]) Bang S. 54 und vorher.

Betriebes wird sich beim Handwerker als das Sekundäre stets nach der Art des Betriebes richten."

Cosack[1]) meint: „Entscheidend dafür, ob man es mit einem handwerksmässigen oder nichtmehrhandwerksmässigen Betrieb zu tun hat, ist die Einrichtung des Geschäfts." Damit trifft er nicht alle für die Art und Weise des Betriebes in Betracht kommenden und oben genannten Momente.

Bang[2]) ist folgender Ansicht: „Nur die Art des Betriebes ist das Kriterium, das das H. G. B. für die Begriffsbestimmung und Abgrenzung des Handwerks aufgestellt wissen will. Unter Art verstehen wir dabei sowohl den wirtschaftlichen Gegenstand des Unternehmens als auch die spezifische Betriebsweise, nur beides zusammen gibt der inneren Natur, dem Charakter des Betriebes das eigentümliche Gepräge, eben seine Art. Die Betriebsweise ist ja gerade das hauptsächlichste qualitative Merkmal eines Betriebes, charakterisiert durchaus die Art desselben." Dass Betriebe besonderen Gegenstandes durch die eigentümliche Betriebsweise charakterisiert werden, ist richtig. Fälschlicherweise wirft aber Bang Gegenstand des Unternehmens und Betriebsweise durcheinander. Es sind, wie Lastig[3]) richtig sagt, Art, Gegenstand des Unternehmens und Betriebsweise zwei verschiedene Momente, nur trennt der verschiedene Gegenstand des Betriebes nicht, wie er meint, den Handwerker vom Kaufmann, da ja auch Handwerker oft Kaufleute sind, sondern er trennt den Handwerker von anderen Betrieben, von denen sich das Handwerk, wie in § 4 ausgeführt ist, durch eben diesen Gegenstand abhebt. Andererseits ist es die Art und Weise des Betriebes, die den Handwerker vom Nichtmehrhandwerksmässigen unterscheidet, während der Geschäftsgegenstand hier der gleiche ist.

Es ist gezeigt, das keines der obengenannten Kriterien allein den Ausschlag dahin geben kann, ein Unternehmen als Handwerk oder als einen über das Handwerk hinausgehenden Betrieb zu bezeichnen. Es ist ferner zu betonen, dass, wenn auch fast alle genannten Merkmale vorhanden sind, damit noch

[1]) Cosack S. 48 IIb, auch Bang S. 63.
[2]) Bang S. 51 ff.
[3]) Lastig S. 65.

nicht immer über die Zugehörigkeit des Betriebes entschieden ist, während andererseits in den meisten Fällen das Vorliegen einer Reihe von Merkmalen zur Feststellung des einen oder des anderen Begriffes genügen wird. Wie beim Kleingewerbe, so lässt sich auch hier keine Grenzbestimmung geben, die auf jedes Unternehmen passt.[1]) Bei verschiedenen Betriebsgegenständen wird eine verschiedene Auffassung geboten sein. Es wird insbesondere darauf zu achten sein, wie sich ein Betrieb im Vergleich mit anderen Betrieben derselben Art darstellt.[2]) Für Handwerke, die an verschiedenen Orten ausgeübt werden, wird auch hier oft eine verschiedene Grenzfestsetzung zu treffen sein.[3])

Deshalb muss der Richter hier wie beim Kleingewerbe eine Einzelentscheidung treffen unter Berücksichtigung des besonderen Betriebsgegenstandes und der örtlichen Eigentümlichkeiten sowie unter Heranziehung der genannten Unterscheidungsmerkmale. Er hat auch hier die von Amtswegen erforderlichen Ermittlungen anzustellen und den Organen des Handelsstandes Gelegenheit zur Äusserung zu geben.[4])

Es sind manche der Ansicht, dass dem Umfang bei der Unterscheidung zwischen Handwerk und Nichtmehrhandwerksmässigem eine entscheidende Rolle zuzuweisen sei. So stellt Gareis[5]) den Umfang in gleiche Linie mit den qualitativen Unterscheidungsmerkmalen wie persönliche Handarbeit, Arbeit auf Bestellung usw. Ähnlich sagt Düringer:[6]) „Ein Betrieb ist dann kein Handwerk mehr, wenn er nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, es kommt also sowohl auf den Charakter des Betriebs als auf dessen Grösse an."

---

[1]) Goldschmidt S. 510, Puchelt I S. 40, Düringer S. 54 II, Lastig S. 57, Bovensiepen S. 24, R. G. in St. S. Bd. 14 S. 424 v. 18. Okt. 1886, Bd. 36 S. 37 v. 30 Dez. 1902.

[2]) Weiss S. 10, R. G. in St. S. Bd. 26 S. 162 v. 20. Okt. 1894.

[3]) R. G. in St. S. Bd. 21 S. 211 v. 24. Nov. 1890.

[4]) F. G. §§ 12 und 126.

[5]) Gareis S. 23 Nr. 3, Gareis-Lehrbuch S. 71, auch Königsberger S. 7, Ritter S. 18 Va.

[6]) Düringer S. 53 II.

Manche wollen wie beim Kleingewerbe nur den Umfang entscheiden lassen, so vor allem Staub.[1]) Er begründet seine Ansicht folgendermassen: „Das Gesetz hat durchgehend ein Kriterium dafür, ob jemand Vollkaufmann ist. Ob nach § 1 Ziffer 2 und 9 ein Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht, ob nach § 1 Ziffer 5 ein Betrieb Anstalt ist, ob nach § 2 ein Gewerbe eintragungsfähig ist, ob ein Gewerbe, sei es Handwerk oder Kleingewerbe, dem § 4 untersteht, richtet sich immer danach, ob der Betrieb seines Umfanges wegen kaufmännische Einrichtungen erforderlich macht.

Dass Staub und Düringer das Begriffsmerkmal des § 2 heranziehen, begegnet zunächst denselben Bedenken, wie sie bei Behandlung des Kleingewerbes ausgesprochen sind.[2]) Dass eine kaufmännische Einrichtung erforderlich ist, kann ferner in keiner Weise bei der Abgrenzung in Betracht kommen, da einmal handwerksmässige Betriebe eine solche erfordern, andererseits nichtmehrhandwerksmässige eine solche entbehren können.[3]) So spricht Kuckuk[4]) aus: „Man kann nicht sagen, dass ein Betrieb schon deswegen, weil seine Produktion handwerksmässig erfolgt, einer kaufmännischen Organisation zu entbehren vermag. Diese Organisationsnotwendigkeit tritt schon ein, wenn das Geschäft einen Umfang erreicht hat, dass dem kaufmännischen Teile des Geschäfts stete Aufmerksamkeit geschenkt werden muss."

Staub beruft sich dafür, dass es auf den Umfang ankommt, auf eine ältere Reichsgerichtsentscheidung,[5]) wo ausgesprochen ist, dass ein Betrieb erst dann ein mehr als handwerksmässiger wird, wenn nach dem Umfang des Geschäfts Grossbetrieb anzunehmen ist.

Zur Widerlegung unserer Ansicht führt er dann aus, dass die von uns angeführten Momente wohl einen Rückschluss auf das Vorhandensein von Handwerk oder Nichtmehrhandwerks-

---

[1]) Staub S. 64, Anm. 8 und S. 71 ff., in D. J. Z. 98 S. 421 ff., Dove i. Holdheim 98 S. 300, Grotefendt S. 34 ff. Dagegen die S. 145 angeführten Beläge.

[2]) s. § 5 d. Abhdlg. S. 55 ff.

[3]) vgl. Lotze S. 411.

[4]) Kuckuk S. 126.

[5]) R. G. b. Bolze 6 Nr. 346 v. 23. Okt. 1888.

mässigem zuliessen, aber nicht entscheidend seien. Wenn der Inhaber eines Be- oder Verarbeitungsgewerbes eine streng durchgeführte Arbeitsteilung eintreten lasse, wenn er auf Vorrat arbeite oder wenn er Maschinen zu Hülfe nehme usw., so seien bei geringem Umfang die Grenzen der Handwerksmässigkeit nicht überschritten. Dass seine Ansicht die richtige sei, zeige einmal der § 1 Ziff. 2 und 9, wo im Umfange des Betriebes das Kriterium des Handwerksmässigen im Gegensatz zum höheren Kaufmannsbetrieb erblickt werde. Ferner sei es aus Art. 10 des alten H. G. B. zu entnehmen, der zu den Minderkaufleuten rechnete die Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerks hinausging; die Denkschrift[1]) spreche aus, dass mit der Ersetzung dieser Worte durch das Wort Handwerk keine Änderung herbeigeführt werden sollte. Die Denkschrift[2]) sage ferner: „Einige Vorschriften des dritten Buches eignen sich zur Anwendung auf die Geschäfte der Handwerker wie überhaupt auf die Geschäfte der Kleingewerbetreibenden nicht," woraus eine Gleichstellung der beiden Gruppen in dem Sinne zu entnehmen sei, dass sie offenbar bei sonstiger Verschiedenheit in dem geringen Umfang ihres Betriebes ein gemeinsames Kriterium tragen. Endlich erfordere die Rücksicht auf die Beteiligten, dass der Betrieb in kaufmännisch geordneter Weise erfolge, wenn er umfangreich sei.

Keiner dieser Gründe ist stichhaltig. Mit der Wendung „Handwerker wie überhaupt Kleingewerbetreibende" will die Denkschrift das sagen, was wir schon in § 4 ausgeführt haben, dass nämlich die Handwerker in der Regel Kleingewerbetreibende sind. Dass das Gesetz die beiden Gruppen nicht hat gleichstellen wollen, ist genügend betont durch den Hinweis auf die Nebeneinandersetzung der Handwerker und Kleingewerbetreibenden, auf die ganze wirtschaftliche Sonderstellung der Handwerker und auf die Kommissionsberatungen, insbesondere den Antrag auf Streichung des Wortes Handwerker und dessen Zurückweisung. Die Rücksicht auf die Beteiligten kann ganz und gar nicht ausschlaggebend sein dafür, aus dem Gesetz etwas herauszulesen, was nicht darin steht.

[1]) Denkschrift S. 16, Mat. S. 201.
[2]) Denkschrift S. 16, Mat. S. 201.

Was hat es nun aber mit der Wendung „sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht" für eine Bewandtnis? Dass sie im alten H. G. B. stand und dass man sie im Sinne Staubs auslegte, wäre an und für sich gleichgültig, da man nur aus den Bestimmungen des neuen H. G. B. folgern kann, was dieses mit seinen Worten gemeint hat. Es wäre damit nur gesagt, dass man früher in anderem die Grenzen zwischen Handwerk und Nichtmehrhandwerksmässigem erblickte. Aus Entscheidungen wie aus der Literatur ergibt sich jedoch, dass die herrschende Ansicht war und noch ist, dass die Worte, die das alte H. G. B. in Art. 10 und Art. 272 Nr. 1 gebrauchte, kein anderes Unterscheidungsmerkmal aufstellen wollten als heute der § 4.[1]) Keineswegs war die Auffassung herrschend, dass quantitative Merkmale entscheidend dafür seien, dass ein Betrieb den Umfang des Handwerks überschritt. Gut sagt Bang[2]): „Unter Umfang im Artikel 10 war nicht der äussere Umfang der kaufmännischen Einrichtung des Geschäfts zu verstehen, sondern der gesamte begriffliche Inhalt des Wortes Handwerk." In Art. 272 Nr. 5 sagte das alte H. G. B. ja auch, dass eine Druckerei ihren Inhaber dann nicht zum Kaufmann mache, wenn der Betrieb nur ein handwerksmässiger sei. Das alte H. G. B. gebraucht also beide Ausdrücke wahllos nebeneinander und will nicht zwei verschiedene Unterscheidungsmomente geben; der Charakter des Betriebes, der durch den Hinweis auf die Handwerksmässigkeit allerdings etwas deutlicher betont wird, soll durchweg den Ausschlag geben bei der Abgrenzung zwischen Handwerk und Nichtmehrhandwerksmässigem. Im neuen H. G. B. zeigt sich das gleiche. Mit der Ausdrucksweise des alten H. G. B. stimmt an den entsprechenden Stellen des neuen nur § 1 Ziff. 2 überein; sonst gebraucht das neue H. G. B. jedesmal einen anderen Ausdruck und spricht in § 4 von Handwerk und in

[1]) Goldschmidt S. 532 ff. in Verbindung mit S. 512 ff., Puchelt I S. 39 ff. Nr. 9, Goldmann S. 29 I, R. G. i. St. S. Bd. 24, S. 81 v. 28. Febr. 1893, Bd. 24 S. 357 v. 2. Nov. 1893 Bd. 31 S. 178 v. 14. Juni 1898 Bd. 25 S. 5 v. 28. Nov. 1893, K. G. Johow 9 S. 16 v. 14. Okt. 1889 gegen Anschütz III S. 30, Grotefendt S. 33 ff., Jacobsen S. 9, Erl. d. preuss. Ministers für Handel und Gewerbe bei Lastig S. 62.

[2]) Bang S. 53.

§ 1 Ziff. 9 bei den Druckereien von Umfang des Handwerks. Es ist nicht anzunehmen, dass das neue H. G. B. mit der Umkehrung der Wendungen ausdrücken will, dass es jedesmal einen vom alten H. G. B. abweichenden rechtlichen Standpunkt einnimmt. Auch im neuen H. G. B. ist es durchgehend der Charakter des Betriebes, der das Handwerk vom Nichtmehrhandwerksmässigen trennt. Damit ist zugleich dem weiteren Beweismoment Staubs entgegengetreten, dass die Ausdrucksweise des § 1 Ziff. 2 und 9 darauf hindeute, dass das Gesetz durchweg ein quantitatives Unterscheidungsmerkmal für das Handwerk hat aufstellen wollen. Unseren Ausführungen und auch Staubs Ansicht liegt die Annahme zu Grunde, dass die Feststellung, das Gesetz habe an einer Stelle bei der Grenzziehung zwischen Handwerk und Nichtmehrhandwerksmässigem gewisse Momente zur Grundlage genommen, es als sehr warscheinlich erscheinen lassen, dass es an anderer Stelle, wenn auch mit anderem Ausdruck, dieselben Momente hat bezeichnen wollen. Eine weitergehende Bedeutung, ein strikter Beweis, liegt in solcher Feststellung nicht. Denn da ausschlaggebende Momente dafür sprechen, dass § 4 H. G. B. für das Handwerk die Betriebsweise als Unterscheidungsmerkmal aufstellen will, so würde auch die Feststellung, dass in § 1 Ziff. 2 und 9 an quantitative Unterscheidungsmerkmale gedacht ist, unsern Standpunkt nicht ändern. Doch, wie gesagt, auch diese Ziffern wollen nur den Charakter des Betriebes als unterscheidendes Moment bezeichnen. Die Ausdrücke Handwerk, Umfang des Handwerks und handwerksmässig werden von den meisten Schriftstellern ohne Unterschied gebraucht.[1])

Die Meinung Staubs ist also in keinem Punkte haltbar. Er muss selbst anerkennen, dass das Gesetz die beiden Gruppen von Minderkaufleuten nicht gleich behandelt, wenn er sagt:[2]) „Der Begriff des Kleingewerbes darf von der Landesregierung näher festgesetzt werden, nicht auch der des Handwerks. Wenn

---

[1]) vgl. Lehmann S. 23 Nr. 54, Gareis S. 22, 1 ff. und S. 8 Nr. 9, Düringer S. 31 VII 2, Ritter S. 11 9. Unsere Auffassung d. Worte „Umfang des Handwerks“ in § 1 Ziff. 2 und 9 teilen Plange S. 9 ff., Bang S. 56, Weiss S. 16 geg. Erl. d.Ministers f. Hand. u. Gew. bei Lastig S. 62.

[2]) Staub S. 75, Anm. 11 b.

er das zugibt, so müsste er sich sagen, dass der Grund der verschiedenen Behandlung nicht einzusehen wäre, wenn die Unterscheidung in demselben zu suchen wäre wie in demjenigen, was die Grenze zwischen Klein- und Grossbetrieb ausmacht.

Es ist verschiedentlich der Versuch gemacht worden, das Resultat, zu dem wir im vorhergehenden gekommen sind, dass Handwerker selbst beim grössten Umfang ihres Betriebes, soweit sie unter § 1 Ziff. 1 fallen, Minderkaufleute, in allen übrigen Fällen aber Nichtkaufleute sind, zu mildern und unter Umständen auch Handwerker zur Eintragung zu bringen, weil es, wie zugegeben ist, zu unleidlichen Konsequenzen führen muss, wenn ein umfangreiches Handwerk von der Eintragung verschont bleibt. Die in der Reihe dieser Versuche gehörende und verworfene Staub'sche Festlegung der Begriffe erreicht allerdings mit ihrem gleichen Unterscheidungsmerkmal, dass Betriebe von grossem Umfang einzutragen sind; Staubs Anschauung nach sind diese Betriebe aber keine Handwerke mehr. Diejenigen, die anerkennen, dass Staubs Ansicht falsch ist, suchen einen andern Weg. Sie folgern so: „Ein Handwerksbetrieb ist dann zur Eintragung zu bringen, wenn die Voraussetzungen des § 2 gegeben sind, d. h. wenn er seiner Art und seinem Umfang nach einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.“[1]) Die Handelskammern haben derartige Betriebe zur Eintragung aufgegeben, und die Registerrichter haben den Anmeldungen in vielen Fällen stattgegeben.

So sagt das Kammergericht,[2]) das diese Ansicht vertritt: „Allerdings bestimmt der § 4 des H. G. B., dass die Vorschriften über Firmen usw. keine Anwendung finden auf Personen, deren Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes nicht hinausgeht, und auf Handwerker.“ Allein diese Bestimmung darf nicht ausser dem Zusammenhange mit den sonstigen Vorschriften des Gesetzbuches verwertet werden. Ihre Tragweite wird durch

[1]) K. G. v. 9. Nov. 1903, Mugdan-Falkmann Bd. 8 S. 92 v. 29. Mai 1901, Lobe Bd. 2 S. 279 ff. v. 10. Dez. 1900, Johow Bd. 21 S. 68 v. 24 Dez. 1900, Naumburger Anwaltskammer-Zeitung 1901 S. 51, Weiss S. 24, Frankenburger S. 12, Fuld S. 543, Cohn im Recht 1903 S. 222.

[2]) K. G. Johow Bd. 21 S. 70, Weiss S. 24.

die dem § 4 vorhergehenden Normen des H. G. B. näher bestimmt. Die unzweideutige Tendenz des § 2 ist, für jeden Gewerbetreibenden, dessen Unternehmen nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation nötig macht, mit der aus § 3 sich ergebenden Beschränkung, die Eigenschaft des registerpflichtigen Vollkaufmanns zu begründen. Wie es für den § 2 überhaupt ohne Belang ist, worin das Gewerbe besteht, so kann es für dasselbe nicht von Erheblichkeit sein, dass der Betrieb nach der auf geschichtlicher Entwicklung beruhenden Verkehrsansicht dem Handwerk zuzurechnen ist."

So begründet man die genannte Ansicht auch aus der Entstehungsgeschichte des § 4.[1]) In Art. 10 seien nicht alle Personen, deren Gewerbe ihrem allgemeinen Charakter nach zum Handwerk gehörten, als Minderkaufleute betrachtet worden, sondern nur diejenigen unter ihnen, deren Gewerbebetrieb im Einzelfalle die Natur des Handwerks bewahrt hätte. Ob dies der Fall war, wäre von dem Umfang und der Art des Betriebes abhängig gemacht worden. Machten diese beiden kaufmännische Einrichtungen nötig, so war Art. 10 nicht mehr anwendbar. Nach der Denkschrift sollte dem Handwerkerstande die durch seine Betriebsweise bedingte Sonderstellung gewahrt bleiben. So greife auch § 4 dann nicht mehr Platz, wenn der Betrieb seiner ganzen Art und seinem Umfange nach kaufmännische Einrichtungen erforderlich mache.

Teilweise[2]) wird dann wieder die von uns schon in anderem Sinne gedeutete Fassung des § 1 Ziff. 2 und 9 zur Begründung herangezogen. Wenn das H. G. B. in § 1 Ziff. 2 und 9 als Handelsgewerbe jeden Gewerbebetrieb bezeichne, der die Übernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waren für andere oder die Geschäfte der Druckereien zum Gegenstande hat, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht, so müsse Entsprechendes für die in § 1 Ziff. 1 aufgeführten Gewerbe gelten, und deshalb rechtfertige sich die Eintragung gemäss § 2.

---

[1]) K. G. Mugdan-Falkmann 8 S. 93, Weiss S. 25.
[2]) K. G. Mugdan-Falkmann 8 S. 93 ff.

Der dargelegten Ansicht ist nicht zuzustimmen, und sie ist denn in der Tat in Literatur und Rechtsprechung zum Teil nicht gebilligt worden.[1])

Zunächst ist es sehr gewagt, Handwerker als solche zur Eintragung zu bringen, weil diese dadurch Gefahr laufen, einer Doppelbesteuerung unterworfen zu werden.[2]) Nach den Handelskammergesetzen werden sie nach erfolgter Eintragung zu Handelskammerbeiträgen herangezogen[3]), während andererseits die Handwerkskammern sie richtig als Handwerker ansehen und gleichfalls Beiträge erheben.[4])

Die gegnerische Ansicht übersieht nun, dass § 4 bestimmt, dass die Vorschriften über die Firmen auf Handwerker keine Anwendung finden sollen, wodurch, wie verschiedentlich hervorgehoben, ihnen die Eintragung, die § 2 verlangt, versagt ist. Die Absicht des Gesetzes ist, jedem Handwerker, soweit er Kaufmann ist, die Minderkaufmannseigenschaft zu verleihen.

Obgleich es den Rahmen der Arbeit überschreitet, sei doch des Zusammenhangs mit der hier behandelten Frage wegen erwähnt, dass § 4 noch die weitere Bedeutung hat, dass auch den nichtkaufmännischen Handwerkern die Eintragung versagt und ihnen damit die Möglichkeit genommen ist, die Vollkaufmannseigenschaft zu erwerben. Es können also einmal die in § 1 Ziff. 2 und 9 genannten Betriebe, soweit sie Handwerker sind, nicht etwa gemäss § 2 zur Eintragung kommen. Auch diese Möglichkeit behaupten die Gegner. Darin zeigt sich noch mehr die Unhaltbarkeit ihrer Ansicht. Die genannten Gewerbe sollen nach dem Willen des Gesetzgebers, soweit sie Handwerke

---

[1]) v. Landmann I S. 656 III, Kuckuk S. 125, Lastig S. 71, ders. in Jahrbüchern f. Nationalökonomie usw. Bd. 28 S. 821. Ritter i. Archiv f. Bürgerl. R. Bd. 20 S. 295, R. G. v. 8. April 1905, Lobe VI S. 292.

[2]) Lastig: D. Gewerbetreibenden Eintragungspflicht. . . . . ., Erl. d. Ministers i. Lastig S. 63 ff., Kuckuk S. 127, v. Landmann I S. 656 III.

[3]) s. §§ 3 und 26 d. preuss. Ges. vgl. Lastig S. 15a. „Das Gesetz nimmt den Begriff des eingetragenen Kaufmanns auch für sich an," ferner Lastig S. 28.

[4]) s. § 103 I Gew.-Ordnung: Als zunächst Zahlungspflichtige kommen zwar die Gemeinden usw. in Betracht; sie legen aber ihrerseits die Kosten auf die Handwerksbetriebe um.

sind, überhaupt nicht Kaufleute sein, und sie sollten nun plötzlich den Sprung vom Nichtkaufmann zum Vollkaufmann machen, weil ihr Gewerbe nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert?[1])

Eine fernere Folge des § 4 ist, dass die nicht unter § 1 fallenden Handwerke nicht etwa gemäss § 2 zur Eintragung kommen können. Es ist die Meinung aufgetaucht, dass sich § 4 nur auf kaufmännische Handwerke beziehe. So meint z. B. Kuckuk,[2]) § 4 Abs. 1 beziehe sich nur auf Kaufleute im Sinne des § 1, und die in § 2 statuierte Eintragungspflicht, durch die für den von diesem Paragraphen erfassten Teil der Gewerbetreibenden die Kaufmannseigenschaft mit der Vollkaufmannseigenschaft zusammenfällt, sei etwas Sekundäres und nur aus praktischen Gründen statuiert, um die Abgrenzung gegenüber den Nichtkaufleuten deutlicher zu machen. Dem können wir, wie gesagt, nicht zustimmen. § 4 bezieht sich auf §§ 1 bis 3.[3]) Es hat das gegnerische Vorgehen, das aus dem ursprünglichen Zweck des § 4, den kaufmännischen Handwerkern die Minderkaufmannseigenschaft zu verleihen[4]), seine Tragweite ableitet, viel für sich. Der Wortlaut des § 4 lässt sich jedoch nicht anders deuten, als wir es tun. Es wäre auch nicht erfindlich, weshalb die nichtkaufmännischen Handwerker, wenn ihr Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Vollkaufleute würden, die kaufmännischen Handwerker aber stets Minderkaufleute blieben.

---

[1]) Ritter i. Archiv S. 295.

[2]) Kuckuk S. 125, gegen uns auch Weiss S. 18, Jacobson S. 10 ff., Bovensiepen S. 19, O. L. G. Rostock i. Kaufmanns Rechtsprechung Bd. 6 zu § 2 v. 5. Jan. 1905, K. G. Mugdan-Falkmann Bd. 2 S. 142 ff. v. 29. Okt. 1900. vgl. auch Puchelt I S. 35, 1, Makower S. 17 II.

[3]) Vgl. Ritter im Archiv S. 295.

[4]) Im Hinblick auf das alte Recht wäre es wohl richtig, die Wirkung des § 4 auf kaufmännische Handwerker zu beschränken, da der § 2 fehlte und deshalb eine so weitgehende Geltung des Art. 10, wie wir sie für § 4 annehmen, garnicht in Frage stehen konnte. Vgl. Puchelt S. 35, 1.

Dass jedwedes Handwerk von der Eintragung ausgeschlossen bleibt, ist verschiedentlich ausgesprochen worden.[1]) Bemerkenswert ist die Formulierung Düringers[2]) zu § 2: „Durch die Art des Gewerbebetriebes wird sein Charakter als kaufmännischer gegenüber dem Handwerk usw. hervorgehoben."

Wenn man aber annehmen will, dass das Erfordernis der Eintragung gemäss § 2 den Handwerkern, die sonst die Bedingungen des § 2 erfüllen, die Vollkaufmannseigenschaft nicht nehmen kann, so kann man doch immer nur solche Handwerke nach § 2 zur Eintragung bringen, die im § 1 nicht genannt sind; denn der Versuch, Handwerke, die schon von § 1 getroffen werden, auch § 2 zu unterwerfen, beruht auf einer vollständigen Verkennung des Verhältnisses der §§ 1 und 2 zu einander. § 1 führt die Handelsgewerbe auf, die allein durch ihren Betrieb zum Kaufmann machen. Hierzu tritt ergänzend die Anerkennung der Kaufmannseigenschaft für jeden sonstigen Gewerbetreibenden, dessen Unternehmen nach seiner Art und seinem Umfang einen nach kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und dessen Firma ins Handelsregister eingetragen ist.[3]) Es ist ganz unmöglich, dass ein Gewerbe, das unter § 1 fällt, durch § 2 betroffen wird. Jeder dieser Paragraphen schliesst den anderen aus.[4]) Wenn das Gesetz Handwerker, deren Unternehmen nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert, von § 2 ergriffen wissen wollte, so konnte es in § 2 bestimmen: „Die Vorschriften des § 4 entziehen die hier betroffenen Unternehmungen der Eintragung nicht", oder es konnte in § 4 sagen: „Handwerker, es sei denn, dass ihre Unternehmungen nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordern.

Die Vorgeschichte der Behandlung des Handwerkers spricht auch nicht für die gegnerische Ansicht. Man war der Meinung,

---

[1]) Opet in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 49 S. 53, Ritter im Archiv S. 295, Lastig S. 71, ders. i. Jahrb. f. Nationalökonomie usw. Bd. 28 S. 821, auch Gareis S. 23 Anm. 5, Lehmann S. 32 Nr. 5.

[2]) Düringer S. 39a; den Gründen seiner Formulierung stimmen wir allerdings nicht zu.

[3]) Denkschr. S. 8, Mat. S. 192.

[4]) Ritter i. Archiv S. 295, Kuckuk S. 125, Cosack S. 25 II 1, auch Lastig S. 59.

dass das alte H. G. B. allen Handwerkern die Eintragung versagte und äusserte sich nicht etwa in dem Sinne, dass sie dann einzutragen waren, wenn Art und Umfang des Betriebes kaufmännische Einrichtungen nötig machten.[1])

Gerade aus der Vorgeschichte lässt sich aber auch die gegnerische Ansicht als unrichtig nachweisen. Der Grund, weshalb man den § 2 ins H. G. B. einführte, war vor allem der, dass man Bauunternehmer, Grundstücksspekulanten und andere nach altem H. G. B. keine Kaufmannsstellung besitzende und heute in § 1 nicht genannte Gewerbetreibende zur Eintragung bringen wollte, wenn ihr Betrieb eine gewisse Grösse erlangt hatte,[2]) nicht aber sollte der Paragraph den Inhabern von Handwerksbetrieben bestimmter Grösse Kaufmannseigenschaft verleihen. Denn sie sollen, wie nochmals zu betonen ist, ihrer ganzen historisch begründeten Stellung und dem Standpunkt des Gesetzes nach ohne Rücksicht auf die Grösse Minderkaufleute oder Nichtkaufleute werden.

Auch das Kammergericht[3]) beruft sich auf den Grund der Einführung des § 2 und sagt: „Der Tendenz des Gesetzes würde es offenbar zuwiderlaufen, wenn den Bauunternehmern freigelassen werden sollte, die Firmeneintragung unter Berufung auf ihre Eigenschaft als Handwerksmeister abzulehnen." Darin spricht sich eine Verkennung des Begriffs Bauunternehmer aus; denn dass ein Bauunternehmer Handwerker ist, wird wohl kaum jemals vorkommen, in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle wird der Bauunternehmer von § 2 ergriffen.

Wenn die Ausdrucksweise des § 1 Ziff. 2 und 9 zur Unterstützung der gegnerischen Ansicht herangezogen wird, so ist dem wieder entgegenzuhalten, dass diese Ansicht auf einer falschen Auslegung der Worte beruht.[4]) Es ist auch nicht einzusehen, wie der Umstand, dass der grosse Umfang des Unternehmens den in § 1 Ziff. 2 nnd 9 genannten Betrieben die

[1]) s. d. oben S. 79 angef. Literatur, hier insbesondere Ritter i. Archiv S. 295.

[2]) Denkschrift S. 6 ff., Mat. S. 193 ff., 1. Plenarberatung sten. Ber. S. 4549, Mat. S. 458.

[3]) K. G. Mugden-Falkmann 2 S. 143, auch Weiss S. 26.

[4]) s. S. 80.

Vollkaufmannseigenschaft verleiht, es rechtfertigen könnte, die kaufmännischen Handwerker des § 1 Ziff. 1 zur Eintragung zu bringen.

Kurz soll noch der Standpunkt des Reichsgerichtes beleuchtet werden, wie er sich in einer der jüngsten Entscheidungen [1]) zeigt. Einem Oberlandsgericht, dem es zweifelhaft erschien, ob es sich den oben ausgeführten Gedanken des Kammergerichts anschliessen sollte, gab es die Auskunft: „Die Meinung des Kammergerichts hat nicht sein sollen und können, dass das Handwerk als solches, soweit es nur Handwerk ist, unter die Vorschrift des § 2 zu ziehen ist.“ [2])

Das Ergebnis unserer Untersuchung ist also folgendes: Von den Betrieben, die ihrem Grundcharakter nach ein Handwerk darstellen, können ihre Inhaber zu Minderkaufleuten allein diejenigen machen, die unter § 1 Ziff. 1 fallen und zwar, solange sie in den Grenzen des Handwerks bleiben; sie gelangen erst dann zur Eintragung, wenn sie das Handwerksmässige abstreifen. Fallen die erwähnten Betriebe unter § 1 Ziff. 2 oder 9, so machen sie ihre Inhaber zu Nichtkaufleuten, so lange sie handwerksmässig bleiben, sonst kommen sie zur Eintragung und verschaffen den Unternehmern die Vollkaufmannseigenschaft. Sämtliche genannten Betriebe verschaffen jedoch, mögen sie auch die Grenzen des Handwerks überschritten haben, dann die Vollkaufmannseigenschaft nicht, wenn sie nicht zugleich über die Grenzen des Kleingewerbes hinausgehen. Die Handwerker, die sich gemäss §§ 2 und 3 denken lassen, bleiben, solange sie sich in den Grenzen des Handwerks halten, Nichtkaufleute; sie kommen nur dann zur Eintragung, wenn ihr Betrieb sowohl die Grenzen des Handwerks überschreitet als auch nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert. Die Feststellung, wann die Grenzen des Handwerks überschritten sind, unterliegt der Einzelentscheidung des Richters, für den die Betriebsweise des Unternehmers, nicht dessen Umfang das Massgebende sein darf.

---

[1]) Beschluss des R. G. v. 8. April 1905 bei Lobe, Bd. 6. S. 292.

[2]) Dass die Meinung des K. G. dennoch die hier vom Reichsgericht verworfene ist, ist hinreichend ausgeführt. Es genügt, die Stellung des Reichsgerichts der hier behandelten Frage gegenüber zu betonen.

III. Abschnitt.

Besonderheiten.

§ 7.

Vereinigungen von Personen zu einem minderkaufmännischen Geschäftsbetrieb.

Bei der Behandlung der Frage, wie die verschiedenen Arten von Personengesamtheiten der Minderkaufmannseigenschaft gegenüberstehen, muss man streng scheiden zwischen denjenigen, bei denen die Kaufmannseigenschaft den Mitgliedern dieser Vereinigungen, sei es allen oder nur einigen, als einzelnen zusteht, und denjenigen, die selbst Träger der Kaufmannseigenschaft sein können. Während bei den erstgenannten die Voll-, Minder- oder Nichtkaufmannseigenschaft der einzelnen Mitglieder auch die kaufmännische Rechtsstellung der Vereinigungen selbst berührt, ja oft auch deren Entstehung hindert, ist es bei den Vereinigungen, die als solche Kaufleute sein können, gleichgültig, welche Stellung die einzelnen Mitglieder haben, da diese Stellung auf die Kaufmannseigenschaft gedachter Vereine ganz und gar ohne Einfluss ist.

Wie wichtig bei der ersten Gruppe die Eigenschaft der einzelnen Mitglieder für die Gesamtheit werden kann, zeigt besonders die Behandlung derjenigen Vereinigung durch das H. G. B., zu der sich gewöhnlich Kaufleute zusammentun; die offene Handelsgesellschaft ist den Minderkaufleuten ebenso wie den Nichtkaufleuten verschlossen. § 4 bestimmt, dass durch die Vereinigung zum Betrieb eines Handwerks oder eines Gewerbes, das nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, eine offene Handelsgesellschaft sowohl wie eine Kommanditgesellschaft nicht begründet werden kann. Dass das Gesetz diese Bestimmung getroffen hat, ist ohne Frage eine

Folgerung seiner Vorschrift in Abs. 1 des § 4, dass die Vorschriften über Firmen auf Minderkaufleute unanwendbar sein sollen, eine Folgerung die den Abs. 2 des § 4 übrigens auch als überflüssig erscheinen lässt; denn da für die beiden genannten Gesellschaftsarten Voraussetzung ist, dass sie unter einer gemeinschaftlichen Firma betrieben werden,[1]) so müssten sie schon deshalb den Minderkaufleuten verschlossen bleiben.[2])

§ 4 hindert natürlich nicht, dass die Vereinigung von zwei Gewerben, die jedes für sich einen geringen Umfang haben, dazu führt, dass die neue Gewerbeeinheit wegen des nunmehr genügenden Umfangs eine offene Handelgesellschaft sein kann; bei Handwerkern, denen ja die Grösse des Betriebs ihre Stellung als Minderkaufleute nicht nimmt, würde die Vereinigung meist ohne Einfluss sein.[3])

Da § 4 also Minderkaufleute von den genannten Gesellschaftsarten ausschliesst, so sind ihre entsprechenden Vereinigungen nach den Vorschriften zu beurteilen, die das bürgerliche Recht für Gesellschaften aufstellt. Es ergibt sich dann die Rechtslage, dass alle die Verhältnisse, die sich auf die Gesellschaft beziehen, z. B. das Verhältnis der Gesellschafter zu einander, sich nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, insbesondere nach dem gemäss dessen Vorschriften abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag richten. Die Eigenschaft eines Minderkaufmanns hingegen wird den einzelnen Mitgliedern nicht genommen, so dass alle Folgen, die diese ihre Stellung mit sich bringt, nach dem H. G. B. zu beurteilen sind und z. B. ihre Geschäfte Handelsgeschäfte darstellen.

Durch den Gesellschaftsvertrag können nun die Vorschriften, die für die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft gegeben sind, auf die genannten minderkaufmännischen Gesellschaften zur Anwendung gebracht werden, natürlich nur diejenigen, die dispositiver Natur sind,[4]) wozu hauptsächlich die

---

[1]) H. G. B. §§ 105 und 161.

[2]) Goldmann S. 32 Anm. 2, Düringer S. 55 Vb, Weiss S. 3 Anm. 2, Grotefendt S. 32.

[3]) Plange S. 24, Weiss S. 37 Anm. 5.

[4]) Lehmann S. 42 Nr. 10, Staub S. 76 Anm. 15, Düringer S. 55 Vb, Cosack S. 676, Goldmann S. 32 Anm. 2 u. a.

gehören, die das Verhältnis der Gesellschafter nach innen betreffen, nicht also z. B. die über die beschränkte Haftung des Kommanditisten, das Firmenrecht, die Parteifähigkeit. Andererseits lassen sich auch die zwingenden Vorschriften des B. G. B., die meist zwingenden Vorschriften des H. G. B. entsprechen, für die gedachte Gesellschaft nicht durch Vertrag aus der Welt schaffen, so dass zum Beispiel an Stelle der Vorschrift des B. G. B. in § 725, dass ein Gläubiger ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen kann, nicht die entsprechende des H. G. B. gesetzt werden kann, nach der die Handelsgesellschaft erst sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahres für diesen Zeitpunkt gekündigt werden kann. Es kann also die Vereinigung der Minderkaufleute wohl in annähernde, nie aber in vollständige Übereinstimmung mit der genannten Gesellschaft des H. G. B. gebracht werden. Ein nicht rechtsfähiger Verein, auf den gemäss § 54 B. G. B. die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung finden, kann in gleicher Weise durch Minderkaufleute gebildet werden. Er ist jedoch der offenen Handelsgesellschaft ähnlicher als die Gesellschaft des B. G. B.; wie z. B. diese unter ihrer Firma, so kann dieser Verein als solcher verklagt werden gemäss § 50 Z. P. O.

Die im dritten Buch des alten H. G. B. genannte Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung ist im neuen H. G. B. nicht erwähnt. Zu dieser Art von Personengesamtheiten konnten sich sehr wohl Minderkaufleute zusammentun, da nach Art. 10 Abs. 2 nur die Vorschriften über Handelsgesellschaften auf Minderkaufleute nicht anwendbar waren und die genannte Vereinigung keine Handelsgesellschaft war.[1]) Auch heute können sich natürlich Minderkaufleute zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung vereinigen. Auf eine derartige Vereinigung sind die Vorschriften über die Gesellschaften des B. G. B. mit der gleichen Massgabe wie oben anwendbar. Die rechtliche Beurteilung solcher Vereinigung ist also nicht wesentlich verschieden von der des alten H. G. B.

[1]) Puchelt I. 2. 42 Nr. 12, v. Hahn I. S. 111 § 6, B. O. H. G. Bd. I. S. 425 v. 13. Mai 71, R. G. 1. Mai 83 i. St. S. S. 81.

Auch bei der heute noch möglichen stillen Gesellschaft kann jeder Beteiligte Minderkaufmann sein,[1]) der stille Gesellschafter braucht noch nicht einmal die Eigenschaft eines Kaufmanns zu besitzen, da er sich nur an dem Handelsgewerbe, das ein anderer betreibt, mit einer Vermögenseinlage beteiligt; da der andere aber ein Handelsgewerbe betreiben soll, muss man von ihm verlangen, dass er wenigstens Minderkaufmann ist.

Die stille Gesellschaft ist jedoch nicht die einzige handelsrechtliche Gesellschaft, bei der uns die Mitglieder als Minderkaufleute entgegentreten können. Hier ist noch die Reederei zu nennen. Betreibt diese ein minderkaufmännisches Geschäft, so haben sämtliche Mitreeder auch Minderkaufmannseigenschaft. Diese können jedoch auch Nichtkaufleute sein, da bei einer Reederei nicht notwendig ist, dass ein Handelsgewerbe betrieben wird. Eine Reederei ist nach § 489 H. G. B. dann schon vorhanden, wenn es sich um die Verwendung eines einer Vereinigung von Personen zustehenden Schiffes zum Erwerb durch Seefahrt für gemeinschaftliche Rechnung handelt.[2])

Von denjenigen Vereinigungen, die selbst Träger der Kaufmannseigenschaft sind, hat das H. G. B. einer Gruppe eine besondere Stellung betreffs der Minderkaufmannseigenschaft zugewiesen. Gemäss § 6 Abs. 2 werden die Rechte und Pflichten eines Vereins, dem das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt, durch die Vorschriften des § 4 Abs. 1 nicht berührt. Es werden hierdurch, wie schon erwähnt, betroffen die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die eingetragene Genossenschaft. Ihre Stellung der Minderkaufmannseigenschaft gegenüber unterscheidet sich von der der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft wesentlich. Diese können durch Vereinigung zum Betrieb eines Handwerks- oder Kleingewerbes überhaupt nicht begründet werden; hingegen können die durch § 6 Abs. 2 betroffenen Vereinigungen sehr

[1]) Puchelt I. S. 42 Nr. 12, v. Hahn S. 111 § 6, Staub S. 76 Anm. 15, Lehmann S. 42 Nr. 10, Goldmann S. 32 Anm. 2, Gareis S. 24 Nr. 10, B. O. H. G. II S. 425 u. a.

[2]) vgl. besonders Plange S. 29 ff.

wohl entstehen, wenn sie ein solches Gewerbe betreiben, ihr Unternehmen bleibt jedoch dann kein minderkaufmännisches. Allerdings wird der Fall, dass der Inhaber eines so beschaffenen Betriebes die genannten Vereinigungsarten wählt, zu den grössten Seltenheiten gehören. Cosack[1]) bemerkt, das Gesetz drücke die Regel, dass die betreffenden Vereinigungen Vollkaufleute sind, nicht sehr deutlich aus. Das ist richtig, denn der § 6 Abs. 2 spricht nur davon, dass der § 4 Abs. 1 auf die betreffenden Vereine keine Anwendung finden soll, ein Hinweis auf § 351 und andere Gesetze, bei denen die Minderkaufmannseigenschaft eine Rolle spielt, fehlt. Dass der § 6 Abs. 2 aber meint, die betreffenden Vereine sollen auch in allen übrigen Beziehungen Minderkaufleute nicht sein, ist anzunehmen.

Diejenigen von den Personengesamtheiten, die selbst Träger der Minderkaufmannseigenschaft sein können und die nicht durch § 6 Abs. 2 getroffen werden, können natürlich Minderkaufleute sein. Grundsätzlich kann jeder rechtsfähige Verein Kaufmann sein und so auch Minderkaufmann. Besonderes gilt auch für die idealen Vereine. Da es sich bei dem Betrieb eines Handelsgewerbes um Änderung des Zweckes des Vereins handelt, so ist dieses Betreiben und damit die Erlangung jeder Kaufmannseigenschaft seitens dieser Vereine nur möglich, wenn die Zustimmung aller Mitglieder (§ 33 B. G. B.) und die Eintragung der Satzungsänderung ins Vereinsregister erfolgt ist (§ 71 B. G. B.).[2])

Gewerkschaften erfahren eine verschiedene Behandlung, ja nachdem sie solche älteren oder neueren Rechts sind. Hinsichtlich der ersteren bestimmt Art. 5 E. G. zum H. G. B., dass auf Bergwerksgesellschaften, die nach den Vorschriften der Landesgesetze nicht das Recht einer juristischen Persönlichkeit besitzen, der § 2 H. G. B. keine Anwendung findet; sie können also überhaupt nicht Kaufleute sein. Betreffs der Gewerkschaften neueren Rechts ist, da sie nicht von Art. 5 betroffen werden, zu sagen, dass sie Vollkaufleute sein können, aber auch nur

---

[1]) Cosack S. 49, 3.

[2]) Lehmann S. 7 Nr. 12.

solche, da sie gemäss § 2 eintragungsfähig sind, was ja die Entstehung von Minderkaufleuten verhindert.

Früher war bestritten, ob die Korporationen des öffentlichen Rechts Kaufleute sein könnten. In dieser Hinsicht hat das neue H. G. B. Klarheit gebracht. Aus § 36 ist der Standpunkt des Gesetzes zu entnehmen. Wenn betont ist, dass ein Unternehmen des Reichs, der Bundesstaaten oder eines inländischen Komunalverbandes nicht eingetragen zu werden braucht, so ist damit indirekt ausgesprochen, dass sie gegebenen Falls Kaufleute sind, so dass auch ihrer Minderkaufmannseigenschaft nichts im Wege steht. Ebenso sprechen die §§ 452 und 663 dafür, die damit, dass sie der Post die Kaufmannseigenschaft nehmen, eine Ausnahme schaffen wollen. Diese Ausnahmebestimmung lässt auch die in § 1 verworfene[1]) und unter der Herrschaft des alten H. G. B. für die Korporationen des öffentlichen Rechts aufgestellte Ansicht als unrichtig erscheinen, dass alle Unternehmungen, die in erster Linie dem allgemeinen Nutzen dienen, nicht Kaufleute sind.

Was heute gemäss § 36 für sämtliche dort genannte Korporationen gilt, bestimmte das Gesetz vom 14. März 1871 ähnlich schon für die Reichsbank. Gemäss § 66 des Gesetzes sollten die Bestimmungen des H. G. B. über die Eintragung ins Handelsregister und die rechtlichen Folgen derselben auf sie keine Anwendung finden. Sie ist also von der Eintragung derart befreit, dass sie sich auch nicht eintragen lassen kann. Grundsätzlich könnte sie Minderkaufmann sein, wenn ihr Umfang dem nicht entgegenstände.

Endlich sei erwähnt, dass eine Stiftung ebenfalls Träger sowohl der Vollkaufmanns- als auch der Minderkaufmannseigenschaft sein kann.

Gareis[2]) behauptet, dass es überhaupt keine juristischen Personen gäbe, welche gesetzlich wie Kaufleute zu behandeln und dabei Kaufleute minderen Rechtes wären. Nach unserer

---

[1]) s. S. 13.
[2]) Gareis S. 24 Nr. 10.

Ausführung ist das nicht richtig. Zwar wird solch ein Fall zu den grössten Seltenheiten gehören, nicht aber zu den Unmöglichkeiten.[1])

§ 8.

Der Minderkaufmann mit Nebengewerbe.

Die Fälle, in denen sich ein Gewerbetreibender nicht auf sein Stammgewerbe beschränkt, sind häufig. So macht man oft die Beobachtung, dass ein Handwerker neben dem Betrieb seines Handwerks mit fertigen Waren handelt. Andererseits trifft man nicht selten den Fall an, dass jemand zwei Geschäfte verschiedener Art nebeneinander betreibt, z. B. dass ein Fleischer neben seiner Fleischerei noch eine Gastwirtschaft innehat.

Was diese beiden Erscheinungen trotz ihrer Ähnlichkeit erheblich unterscheidet, ist der Umstand, dass der erstgenannte Handwerker den Verkauf von fertigen Waren innerhalb desselben Geschäftsbetriebes vornimmt, dass es sich um ein wirtschaftliches Ganzes handelt, während die mit der Fleischerei verbundene Gastwirtschaft ein vom Stammbetrieb ganz verschiedenes, mit dieser keine Verbindung besitzendes wirtschaftliches Gebilde darstellt.

Die Feststellung nun, wann ein Zusammenhang vorhanden ist und wann nicht, ist, wie zu zeigen, von der grössten Bedeutung dafür, wie die Stellung des Inhabers eines Unternehmens zur Kaufmanns-, insbesondere Minderkaufmannseigenschaft zu beurteilen ist, und deshalb bedarf es zunächst einer Darlegung der Momente, welche diesen Zusammenhang als gegeben erscheinen lassen. Dass ein Betrieb in innerer Verbindung mit dem Stammgewerbe steht, wird sich vor allem daraus entnehmen lassen, dass er keiner besonderen Geschäftsorganisation bedarf.[2]) Aus der Tatsache, dass die Betriebe räumlich getrennt sind oder nicht, lässt sich nach keiner Seite hin ein Schluss ziehen. Sie können sogar dicht nebeneinander liegen, ohne dass der innere Zusammenhang vorhanden ist; z. B. wird der genannte Fleischer, der daneben eine Gaststube besitzt, beide Geschäfte meist auch

[1]) Lehmann S. 38 Nr. 1, Plange S. 31.

[2]) Bang S. 74, R. G. i. St. S. Bd. 21 S. 212 v. 24. Nov. 1890.

in zusammenhängenden Räumlichkeiten unterbringen. Andererseits genügt die Feststellung, dass zwei Geschäfte räumlich getrennt sind, ja selbst in verschiedenen Orten liegen, nicht für die Annahme, dass man es mit zwei getrennten Betrieben zu tun hat. So bilden insbesondere Haupt- und Zweiggeschäft in jedem Falle einen einheitlichen Geschäftsbetrieb. Ebenso kann die Tatsache, dass das verbundene Geschäft sich mit Erzeugnissen ganz anderer Art befasst[1]) als der Stammbetrieb, nur als ein meist die wahre Sachlage kennzeichnendes Merkmal bezeichnet werden, nie aber als ausschlaggebend in Betracht kommen für die Annahme, dass es mit diesem in keinem Zusammenhange steht.[2]) Denn häufig birgt ein als einheitliches Ganzes erscheinender Betrieb Geschäfte verschiedenen Charakters in sich, wenn z. B. ein Friseur mit Parfümerien handelt, ein Buchbinder Holzsachen verkauft. So wird insbesondere häufig sein, dass ein Warenhaus, das im allgemeinen Konfektion führt, nebenbei noch die verschiedenartigsten Waren vertreibt. Es ist hier mit v. Hahn[3]) darauf hinzuweisen, dass oft eine historisch begründete Verbindung vorhanden ist, die durch manche früheren Zunftprivilegien geschaffen oder erhalten ist. Eine allgemeine Feststellung, wenn der Zusammenhang vorhanden ist, wann nicht, lässt sich nicht geben; die Entscheidung muss den konkreten Fall zur Grundlage nehmen.

Bilden zwei Geschäfte ein wirtschaftliches Ganzes, so ist auch die Kaufmannseigenschaft des Inhabers eine einheitliche. Die Frage ist nur die, nach welchem Geschäfte sich die Kaufmannseigenschaft richtet. Sind beide gleichen Gegenstandes, so entscheidet die Gesamtbedeutung dafür, ob der Inhaber Voll-, Minder- oder Nichtkaufmann ist. Haupt- und Zweiggeschäft werden meist dieselbe Art des Unternehmens zum Gegenstande haben und deshalb der genannten Beurteilung unterliegen.[4]) Dabei bietet auch die Frage, wie derjenige der Kaufmanns-

[1]) welchem Umstande Plange S. 13 ein entscheidendes Gewicht beilegt.

[2]) s. Königsberger S. 27.

[3]) v. Hahn I S. 110 § 13, vgl. auch Königsberger S. 26, R. G. i. St. S. Bd. 21 S. 212.

[4]) K. G. in Jahrw. Bd. 27 S. 212 v. 11. April 1904.

eigenschaft gegenübersteht, der in einem Bundesstaate die Hauptniederlassung, in einem anderen die Zweigniederlassung besitzt, falls beide Bundesstaaten verschiedene Festsetzungen gemäss § 4 Abs. 3 getroffen haben, keine Schwierigkeiten. Es entscheidet die Festsetzung desjenigen Bundesstaates, in dem die Hauptniederlassung liegt, unter Berücksichtigung der Gesamtbedeutung beider Geschäfte.

Einer anderen Beurteilung unterliegen die Fälle, in denen zwei verschiedene Geschäfte verbunden sind. Im Verhältnis einer Zweig- zur Hauptniederlassung wird das selten, z. B. dann der Fall sein, wenn die Hauptniederlassung den Verkauf von Fahrrädern betreibt, die Zweigniederlassung sich nur als Reparaturwerkstätte darstellt. Die Beurteilung der Kaufmannseigenschaft richtet sich dann nach der Hauptniederlassung. In allen anderen Fällen, in denen es sich um verschiedene Geschäftsgegenstände handelt, wird die Voll-, Minder- oder Nichtkaufmannseigenschaft des Inhabers durch das hervortretende Gewerbe bestimmt.[1]) Man muss also folgenden Unterschied machen. Dient der Nebenbetrieb nur zur Ausgestaltung, zur Unterstützung des Stammbetriebes, so kann nur der Stammbetrieb für die Kaufmannseigenschaft massgebend sein, z. B. wenn ein Konditor nebenbei mit Konfituren handelt oder wenn ein Klempner auch Lampen verkauft. Wächst hingegen der Nebenbetrieb so aus, dass der Stammbetrieb zurücktritt, so ist der erstere ausschlaggebend für die Kaufmannseigenschaft des Inhabers, so wenn ein Uhrmacher mit angekauften Uhren handelt und sein Handwerk nur noch nebenbei betreibt. Aber auch nur, wenn der Hauptbetrieb zurücktritt, ist das Nebengeschäft entscheidend für die Kaufmannseigenschaft des Inhabers. Falsch sind deshalb die Ansichten, die ausführen, dass solche Nebengeschäfte die Kaufmannseigenschaft immer bestimmen, wenn sie dem Jnhaber mehr Kaufmannsrechte verleihen als der Stammbetrieb, mögen sie auch dem Stammgeschäft nur beigemischt sein. So geht z. B. Litthauer[2]) zu weit, wenn er sagt: „Handwerker, die in Ver-

[1]) Bovensiepen S. 33, Plange S. 56, Weiss S. 16.

[2]) Litthauer S. 14, 2 vgl. auch Gierke S. 901, Bovensiepen S. 14, Königsberger S. 28, Goldschmidt S. 534, letzterer ist anderer Ansicht nur für Handwerker.

bindung mit ihrem Handwerk Handel mit fertigen, angekauften Waren betreiben, sind stets (!) Kaufleute und zwar je nach dem Umfange des von ihnen betriebenen Handelsgewerbes Voll- oder Minderkaufleute.“ Dass etwa der mehr hervortretende Betrieb dem Inhaber weniger Kaufmannsrechte verleiht, ist ganz gleichgültig. Ein Handwerker, der sich im allgemeinen mit Bearbeitung von Sachen für andere befasst und daher Nichtkaufmann ist, bleibt Nichtkaufmann, auch wenn er daneben noch einen geringen Handel mit fertigen Waren betreibt. Ein Minderkaufmann, der als zurücktretendes Nebengewerbe ein vollkaufmännisches betreibt, bleibt Minderkaufmann, was praktisch vielleicht dann vorkommen wird, wenn ein umfangreiches Handwerk ein umfangreiches anderweitiges Nebengewerbe hat. Nach früherem Recht war diese Möglichkeit eher gegeben, da mit Ausnahme der in Art. 10 genannten Gewerbearten jedes auch noch so geringfügige Gewerbe Vollkaufmannseigenschaft verlieh. Dieser Umstand machte denn auch die Entscheidung der Frage, welches Gewerbe das hervortretende war, zu einer viel wichtigeren als heute, da besonders jeder Handwerker, wenn der verbundene Handel das Übergewicht erhielt, ohne Rücksicht auf dessen Umfang Vollkaufmann wurde. Steht jemand aus jedem von zwei verbundenen Gewerben die gleiche Kaufmannseigenschaft zu, so wird die Entscheidung der Frage, welcher Betrieb der ausschlaggebende ist, im allgemeinen nicht von Wichtigkeit sein. Nicht ganz gleichgültig ist es aber, ob dann, wenn z. B. ein Kleingewerbe mit einem Handwerk verbunden ist, der eine oder der andere Betrieb hervortritt, da nur ein Kleingewerbe der näheren Festsetzung durch die Landesregierung unterliegt.

Stehen nun zwei Betriebe desselben Gewerbetreibenden nicht miteinander in Zusammenhang, so greift für jedes der beiden Geschäfte eine getrennte Beurteilung der auf ihnen beruhenden Kaufmannseigenschaft Platz.[1]) Auch diese Tatsache machte für das alte Recht die Entscheidung der Frage, ob zwei Betriebe

[1]) v. Hahn I S. 112 § 7, Anschütz I S. 87, Puchelt I S. 36,1a Staub S. 77, Anm. 19, Goldmann S. 33 Nr. 3, Lehmann S. 40 Nr. 5, Cosack S. 48 II b, Makower S. 18 II, Bovensiepen S. 32, R. G. in St. S. Bd. 25 S. 171 v. 2. März 1894 u. a.

verbunden oder getrennt waren, aus genannten Gründen unter Umständen zu einer wichtigeren als heute.

Goldschmidt[1]) ist der Ansicht, dass der Vollkaufmannsstand unteilbar sei, niemand könne zugleich Vollkaufmann und Kaufmann minderen Rechtes sein. Gut weist Behrend[2]) die Unrichtigkeit dieser Ansicht nach, wenn er sagt: „Der Kaufmannsstand ist kein Stand in dem Sinne, wie es der Adel oder der Stand der Freien ist; ebenso wie eine Person zugleich Kaufmann und Nichtkaufmann[3]) sein kann, kann dieselbe auch Voll- und Minderkaufmann sein.“ Dass jemand Kaufmann und Nichtkaufmann zugleich ist, ist eine häufige Erscheinung. Wenn ein Offizier eine Fabrik erbt, so wird man nicht sagen können, dass die daraus für ihn folgende Kaufmannseigenschaft seine ganze Person durchdringt, Staub[4]) führt aus, dass zwar alle auf den Fabrikbetrieb bezüglichen Geschäfte Handelsgeschäfte sind, nicht aber die hiermit nicht im Zusammenhang stehende Bürgschaftserklärung für einen Kameraden. Weshalb sollte nun anzunehmen sein, dass die aus einem Gewerbe sich ergebende Vollkaufmannseigenschaft den Inhaber auch zum Vollkaufmann für ein damit nicht zusammenhängendes minderkaufmännisches Gewerbe macht? Im Gesetz ist nichts über die Behandlung dieser Frage gesagt. Sein in § 3 sich kundgebender Standpunkt, dass ein nichtkaufmännischer Landwirt für sein nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erforderndes Nebengewerbe Kaufmann sein kann, dürfte eher für unsere Ansicht sprechen.[5])

Was Goldschmidt für seine Meinung anführt, ist nicht beweiskräftig. Er kommt zu seiner Ansicht vor allem deshalb, weil er annimmt, dass eine von einem Vollkaufmann erteilte Prokura auf alle Arten von Geschäften und Rechtshandlungen sich erstreckt, welche der Betrieb irgend eines Handelsgewerbes dieses Unternehmers mit sich bringt. Der Vollkaufmann, so

---

1) Goldschmidt S. 533, Gareis S. 25 Nr. 12, O. B. G. Marienwerder i. Goldschmidts Zeitschrift Bd. 46 S. 466.

2) Behrend S. 195.

3) vgl. R. O. H. G. Bd. 11 S. 343 v. 13. Nov. 1873.

4) Staub S. 78, Anm. 19.

5) Staub S. 78, Anm. 19, Lehmann S. 40 Nr. 5.

führt er aus, könne demgemäss um des geringeren Handelsgewerbes willen nicht als Kaufmann minderen Rechtes gelten, sonst stände ihm gegen das Gesetz die Befugnis zu, einen Prokuristen für dieses zu haben. Ferner sei der Vollkaufmann nach Art. 28 (§ 38) verpflichtet, alle seine Handelsgeschäfte aufzuzeichnen, er müsse dem Willen des Gesetzes entsprechend auch für das geringere Handelsgewerbe Bücher führen.

Dem ersten Belege ist mit Behrend [1]) entgegenzuhalten, dass in den von uns angenommenen Fällen zwei getrennte Betriebe vorliegen, dass der Prokurist nur Prokurist für das vollkaufmännische Geschäft, nicht auch für das andere ist derart, dass es oft absolut nicht erforderlich ist, dass er sich überhaupt um das Minderhandelsgewerbe kümmert; tut er es trotzdem, so hat auch er eine Doppelstellung und tritt vielleicht für das letztere als Handlungsbevollmächtigter auf. Auch Art. 28 (§ 38) spricht nicht für Goldschmidts Ansicht. Wenn in diesem Paragraphen gesagt ist, dass aus den Handelsbüchern die gesamte Vermögenslage eines Kaufmanns ersichtlich sein muss, so ist damit ausgesprochen, dass er über das minderkaufmännische Gewerbe in seinen Büchern allein die Angaben zu machen hat, die für eine Gesamtvermögensübersicht nötig sind, nicht aber, dass er eine den Vorschriften des Gesetzes entsprechende Buchführung auch für dieses einzurichten braucht. [2]) [3])

Zu erwähnen wäre noch die mit unserer Ansicht sich nur teilweise deckende Meinung Thöls, [4]) dass Voll- und Minderkaufmann nur dann in einer Person zusammentreffen können, wenn beide Geschäfte nicht dieselbe Firma haben.

---

[1]) Behrend S. 195.

[2]) Goldmann S. 33 IV, R. G. in St. S. 5 S. 407 bis 409 v. 1. Febr. 1882, Bd. 25 S. 171 v. 2. März 1894 u. a.

[3]) Nicht folgerichtig sind die Ausführungen von Gareis S. 25 Nr. 12, der mit Goldschmidt sagt, § 4 beziehe sich nur auf solche Personen, welche ausschliessend das sie zum Kaufmann minderen Rechts machende Kleingewerbe betreiben, und nachher meint, die Firma sei natürlich nur für das Vollhandelsgewerbe möglich, ebenso die im § 4 Abs. 2 erwähnten Handelsgesellschaften. Er zeigt damit nur, wie unhaltbar die von ihm verfochtene Ansicht ist.

[4]) Thöl S. 146.

Wir nehmen mit der herrschenden Meinung an, dass sich folgende Fälle denken lassen:

Es kann jemand Minderkaufmann und Vollkaufmann zugleich sein, unter Umständen für zwei völlig gleiche Geschäfte dann, wenn diese in verschiedenen Bundesstaaten liegen, in denen die Abgrenzung gemäss § 4 Abs. 3 keine übereinstimmende ist.

Es kann jemand nebeneinander Nichtkaufmann und Minderkaufmann sein.

Endlich kann Nichtkaufmanns- und Vollkaufmannseigenschaft in einer Person zusammentreffen.

Dass jemand zwei getrennte Minderhandelsgewerbe betreibt und dass nicht etwa das eine nur zur Ausgestaltung des anderen dient, kann im Hinblick auf § 4 Abs. 3 ebenso wie in dem obengenannten Falle [1]) dann seine Bedeutung haben, wenn nur das eine ein nicht dem Handwerk zugehörendes Gewerbe ist.

§ 9.

Der Scheinvollkaufmann.

Mit der Bezeichnung Scheinvollkaufmann sollen alle diejenigen Minderkaufleute getroffen werden, die im Rechtsverkehr als Vollkaufleute auftreten. Staub [2]) führt für diejenigen Gewerbetreibenden, die, ohne ein Handelsgewerbe zu betreiben, sich als Kaufleute, und für die Minderkaufleute, die sich als Vollkaufleute gerieren, den gemeinsamen Namen Scheinkaufleute ein. Da für uns nur die zweite Gruppe in Betracht kommt, wählen wir mit Bovensiepen [3]) die dem Wesen dieses engeren Kreises entsprechende Bezeichnung Scheinvollkaufmann.

Dass ein Minderkaufmann als Vollkaufmann auftritt, ist eine im Geschäftsleben nicht selten zu beobachtende Tatsache. Vielleicht um sein Geschäft bedeutend erscheinen zu lassen, gebraucht ein Minderkaufmann eine von seinem bürgerlichen Namen abweichende Firma oder bewirkt die Eintragung ins

---

[1]) s. S. 97.
[2]) Staub S. 80, Exkurs zu § 5.
[3]) Bovensiepen S. 44.

Handelsregister; dadurch werden andere, die den wahren Charakter des Geschäftes nicht kennen, getäuscht.

Es fragt sich nun, wie der in falschem Glauben Befangene dem Scheinvollkaufmann gegenübergestellt ist, ob nun auch die rechtlichen Konsequenzen der Vollkaufmannseigenschaft in Wirksamkeit treten oder ob der Scheinvollkaufmann, sobald es ihm beliebt, auf seine Minderkaufmannseigenschaft pochen und z. B. eine für den Vollkaufmann verbindliche formlose Bürgschaftserklärung, die er abgegeben hat, als nichtverbindlich bezeichnen kann.

Das H. G. B. sieht es mit Rücksicht auf diese Fälle als die Verkehrssicherheit gefährdend an, wenn ein Minderkaufmann ins Handelsregister eingetragen ist, und gibt für die durch diese öffentliche Dokumentierung als Vollkaufleute erscheinenden Minderkaufleute eine besondere Vorschrift. Es bestimmt in § 5: „Ist eine Firma ins Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, dass das unter der Firma betriebene Gewerbe zu den in § 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre."

Es ist nicht nötig, dass der Scheinvollkaufmann selbst die falsche Eintragung veranlasst hat. § 5 greift stets dann ein, wenn ein durch die Eintragung als Vollhandelsgewerbe erscheinender Betrieb ein solcher in Wahrheit nicht ist, also auch dann, wenn der Richter, weil er die wahre Sachlage nicht erkannt hat, vielleicht auf falsche Angaben der Handelskammer hin, die Eintragung vorgenommen hat.

Auch dann ist § 5 anwendbar, wenn zwar die Eintragung dem Gesetz entsprechend vorgenommen ist, diese Eintragung aber später zu einer gesetzwidrigen wird. So wird derjenige von § 5 betroffen, dessen Geschäft früher ein vollkaufmännisches war, während es später derart an Bedeutung verloren hat, dass es jetzt nur ein minderkaufmännisches darstellt; so untersteht auch derjenige dem § 5, der vor 1900 Vollkaufmann war, der aber nach dem neuen Recht diese Eigenschaft nicht besitzt.[1]) Es ist kein Grund vorhanden, der die Anwendung des § 5 auf

[1]) Lehmann S. 45 § 5 Nr. 3, Staub, Anm. 8 zu § 5, Plange S. 61, R. G. i. Z. S. Bd. 50 S. 158 v. 25. Jan. 1902; dass Art. 22 hier nicht eingreift, ist S. 27 gezeigt.

diese Fälle versagte. Cosack[1]) meint ohne Begründung, dass sich die Wirkung einer Eintragung ins Handelsregister nach neuem Recht nur dann bestimme, wenn die Eintragung seit 1900 erfolgt sei, und dass deshalb § 5 in letzterem Falle keine Anwendung finden könne.

Die Bestimmung des § 5 bedeutet dem früheren Recht gegenüber eine einschneidende Änderung. Im alten H. G. B. fand sich keine solche Vorschrift, und es war demnach der eingetragene Minderkaufmann, sobald die Minderkaufmannseigenschaft bewiesen war, lediglich als Minderkaufmann zu behandeln.[2])

In der Auslegung lässt § 5 keinen Zweifel zu. Es dürfte insbesondere die Entscheidung der viel umstrittenen Frage, ob der Minderkaufmann gemäss § 5 als Vollkaufmann gilt oder ob er ein solcher ist, dafür, wie § 5 praktisch anzuwenden ist, keine Bedeutung haben. Dass der fälschlich eingetragene Minderkaufmann Vollkaufmann ist, behauptet Schirrmeister,[3]) und zu demselben Ergebnis führt auch die verschiedentlich auftretende Ansicht,[4]) dass in § 5 eine unwiderlegliche Rechtsvermutung dafür enthalten sei, dass der Eingetragene Vollkaufmann sei; denn, wie Staub[5]) richtig sagt, solche Vermutung würde zur Folge haben, dass der betreffende Vollkaufmann ist, da das Wesen dieser Vermutung darin besteht, dass der fehlende Tatbestand durch den Gesetzeswillen ersetzt und nunmehr die Rechtslage so behandelt werden soll, als sei der Tatbestand wirklich vorhanden. Die Auslegung, dass der fälschlich Eingetragene Vollkaufmann ist, geht entschieden zu weit. Einmal steht ihr der Wortlaut des § 5 entgegen, und dann ist zu sagen, dass eine zu Unrecht erfolgte Eintragung nicht die Eigenschaft des Gewerbetreibenden bestimmen kann.[6])

[1]) Cosack S. 752 Nr. 4.

[2]) Lehmann S. 43 Nr. 1, Düringer S. 57 I, Buchka-Lehmann S. 213 X Denkschr. S. 17 Mat S. 202, R. O. H. 22 S. 71 ff. v. 24. Jan. 1877, R. G. Bd. 1 S. 243 v. 10. Jan. 1880.

[3]) Schirrmeister Bd. 49 S. 36 ff.

[4]) Lehmann S. 43 Nr. 2, Düringer S. 57 I, Makower S. 20 I, Buchka-Lehmann S. 213 X.

[5]) Staub S. 79, Anm. 3.

[6]) Weiss S. 40.

Auch die Behauptung,[1]) dass der falsch Eingetragene unbedingt als Vollkaufmann gilt, trifft unserer Ansicht nach nicht ganz das Richtige. Bang[2]) weist gut darauf hin, dass § 5 nur von einer Berufung auf die Eintragung spricht und dass, wenn eine derartige Berufung vermieden wird, vielleicht von den Parteien ihr Ausschluss vereinbart wird, man auch nicht die Voraussetzungen des § 5 als gegeben annehmen kann. Er zieht aber nicht die notwendigen Folgerungen seiner Betrachtung. Der Hinweis auf den Wortlaut des § 5 zeigt, dass der Eingetragene nicht unbedingt als Vollkaufmann gilt, sondern nur demjenigen gegenüber, der sich auf die Eintragung beruft; beruft sich also niemand auf die Eintragung, so gilt der betreffende auch nicht als Vollkaufmann.

In der gleichen Weise erscheinen gewisse Vereinigungen, die ein minderkaufmännisches Gewerbe betreiben und trotzdem eingetragen sind, als offene Handelsgesellschaften, unter Umständen auch als Kommanditgesellschaften.

In allen Fällen kann sich sowohl der Eingetragene als auch ein anderer auf die Eintragung berufen, und zwar kommt es dabei nicht darauf an, dass der betreffende in bösem Glauben ist. Es geht also die Wirkung dieser Eintragung viel weiter als die der Eintragung ins Grundbuch, da auf diese sich nur der Gutgläubige berufen kann. Demjenigen gegenüber jedoch, der die Eintragung dolos herbeigeführt hat, um dem anderen Teil widerrechtlich Schaden zuzufügen, ist die exceptio doli gegeben, falls er sich auf die Eintragung beruft, z. B. wenn bezweckt wird, einem Minderkaufmann durch die Herbeiführung der Eintragung die besondere Stellung zu nehmen.[3])

Damit die falsche Eintragung die erwähnte Wirkung hat, ist es in keinem Falle nötig, dass sie veröffentlicht ist. Daran ändert auch § 15 Abs. 1 nichts. Die an diesen Paragraphen geknüpfte Folgerung,[4]) dass einem dritten die falsche Eintragung

[1]) Staub S. 79, Anm. 4, Ritter S. 21, Bang S. 81, Bovensiepen S. 44, Jacobsen S. 29.

[2]) Bang S. 81.

[3]) Lehmann S. 43 Nr. 2.

[4]) Lehmann S. 44 Nr. 2, Staub S. 79, Anm. 6, Plange S. 46, Weiss S. 40, Anm. 3.

nicht entgegengesetzt werden könne, wenn sie noch nicht bekannt gemacht ist und sie diesem auch nicht bekannt war, ist unrichtig. Es wird dabei übersehen, dass in § 15 Abs. 1 von einer einzutragenden Tatsache gesprochen wird, während die Eintragung des Minderkaufmanns ja bei richtiger Anwendung des Gesetzes gerade vermieden werden soll.[1])

§ 5 übt nun seinen Einfluss auf das gesamte Privatrecht aus, und zwar ist in genanntem Umfange der eingetragene Scheinvollkaufmann sowohl den privatrechtlichen Vorschriften über Vollkaufleute unterworfen, die sich im H. G. B. finden, als auch denen, die in anderen Privatgesetzen enthalten sind, z. B. dem Gesetz betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere gemäss § 13 dieses Gesetzes. Es ist nicht angängig, einzelne privatrechtliche Vorschriften von dem Einflusse des § 5 auszunehmen, und daher falsch, wenn Staub[2]) meint, dass § 22 auf den zu Unrecht Eingetragenen keine Anwendung finde, weil dieser kein Firmenrecht habe und es daher nicht veräussern könne. Soweit sich jemand auf die Eintragung beruft, gilt der Eingetragene in dieser Beziehung auch als Vollkaufmann.

Ohne Zweifel untersteht der eingetragene Scheinvollkaufmann auch den mit dem Privatrecht zusammenhängenden, zu dessen Durchführung bestimmten prozessualen Vorschriften, so dass er z. B. auch unter der fälschlich eingetragenen Firma klagen und verklagt werden kann, so dass ferner die in § 101 Ziff. 3a, b genannten Rechtsstreitigkeiten vor die Kammer für Handelssachen gebracht werden können.[3]) Auch dieser begrenzte Einfluss des § 5 auf öffentlichrechtliche Verhältnisse wird teilweise bestritten,[4]) weil § 5 nur für das Privatrecht Bedeutung habe. Dem können wir nicht zustimmen, weil die genannten prozessualen Vorschriften ja zur sachgemässen Durchführung der

[1]) Düringer i. Recht 1900 S. 93, Bovensiepen S. 47, Bang S. 90.

[2]) Staub S. 125, 126, dagegen Düringer S. 109 I 1, Goldmann S. 90 cc, Bang S. 93.

[3]) Staub S. 109, Anm. 8, Lehmann S. 43 Nr. 2, Buchka-Lehmann S. 214, Schirrmeister Bd. 49 S. 41, Plange S. 44, Bang S. 92.

[4]) Göppert i. Goldschmidts Zeitschr. Bd. 47 S. 268, Bovensiepen S. 45.

Vorschriften des Privatrechts gegeben sind, bei deren Ausschluss der Vollkaufmannseigenschaft Eigentümliches der Absicht des § 5 zuwider auf den Scheinvollkaufmann keine Anwendung finden würde.

Einen weitergehenden Einfluss auf das öffentliche Recht hat § 5 nicht, so dass z. B. der eingetragene Scheinvollkaufmann nicht angehalten werden kann, gemäss § 15a Abs. 1 Gew. O. seine Firma an der Aussenseite seines Geschäfts anzubringen; vielmehr liegt auch ihm nur die Verpflichtung des § 15a Abs. 2 Gew. O. ob, Vor- und Familiennamen in bezeichneter Weise anzubringen.[1]) Insbesondere darf den Strafrichter nicht die falsche Eintragung zu einer Entscheidung bestimmen.[2]) So ist der eingetragene Scheinvollkaufmann nicht etwa nach § 239 Ziff. 3 und § 240 Ziff. 3 R. O. zu bestrafen, wenn er Handelsbücher zu führen unterlassen hat usw. oder nach § 9 des Gesetzes betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere. Der Strafrichter muss natürlich umgekehrt den nicht ins Handelsregister eingetragenen Vollkaufmann des § 1 bestrafen, allerdings nur diesen, nicht jemand, dessen Geschäft dem § 2 oder dem § 3 Abs. 2 entspricht, weil dieser ja erst Kaufmann mit der Eintragung wird.[3])

Es ist verschiedentlich behauptet worden,[4]) dass § 5 für das öffentliche Recht noch einen weitergehenden Einfluss habe, als es hier dargelegt ist, dass infolge dieser Vorschrift z. B. jemand nach § 113 G. V. G. zum Handelsrichter ernannt oder nach landesgesetzlichen Bestimmungen[5]) zur Handelskammer

[1]) Staub S. 185, Anm. 5.

[2]) Denkschr. S. 18 Mat. S. 203 ff., Staub S. 79, Anm. 4, Lehmann S. 41 No. 2, Buchka-Lehmann S. 214, Goldmann S. 35, Makower S. 20 II, Bovensiepen S. 46, Plange S. 45 u. a.

[3]) auch der Strafrichter muss die Festsetzung der Landesregierung beachten und kann nicht etwa, weil er diese Festsetzung für unrichtig hält, im Gegensatz dazu bestrafen oder nicht bestrafen. Gegen Dove S. 9 ff.

[4]) Plange S. 44, Bang S. 92.

[5]) vgl. § 8 Abs. 2 Ziff. 1, § 7 d. preuss. Ges. über d. Handelskammern.

gewählt werden könne. Diese Meinung übersieht folgendes: Von den angezogenen Vorschriften werden ihrem klaren Wortlaut nach alle ins Handelsregister eingetragenen Kaufleute getroffen ohne Rücksicht darauf, ob sie etwa nur Minderkaufleute sind.[1]) Die betreffenden Vorschriften würden auf Scheinvollkaufleute auch Anwendung finden, wenn § 5 H. G. B. nicht bestände, nach ihnen ist es ferner nicht notwendig, dass sich jemand auf die Eintragung beruft. Sowohl Normen des Privatrechts als auch solche des öffentlichen Rechts wollen ihrem Wortlaut nach jeden eingetragenen Kaufmann in gleicher Weise treffen,[2]) so findet das Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte keine Anwendung, wenn der Warenempfänger eingetragen ist, so braucht auch nach der Novelle zum Wuchergesetz vom 19. Juni 1893 Art. 4 Abs. 3 Ziff. 3 die in Abs. 1 verlangte Rechnungslegung nicht stattzufinden zwischen Kaufleuten, deren Firma ins Handelsregister eingetragen ist. So kann nach § 113 G. V. G. der eingetragene Kaufmann zum Handelsrichter ernannt werden und nach dem preussischen Gesetz über die Handelskammern zur Handelskammer wählen und gewählt werden, während er andererseits auch Beiträge zahlen muss (§ 3 Abs. 2, § 7 d. Ges.). Es wird sogar der Strafrichter nicht vor die Frage gestellt, ob der betreffende wirklich Vollkaufmann oder nur Scheinvollkaufmann ist; es findet z. B. die Strafbestimmung des § 7 des Gesetzes betreffend die Abzahlungsgeschäfte auf alle eingetragenen Kaufleute keine Anwendung.

Über die Stellung der Scheinvollkaufleute, die nicht ins Handelsregister eingetragen sind, gibt es keine gesetzliche Vorschrift. Es handelt sich, wie gesagt, vor allem darum, wie der Minderkaufmann zu beurteilen ist, der eine von seinem bürgerlichen Namen abweichende Firma gebraucht bezw. als offener Handelsgesellschafter sich benimmt und dadurch andere täuscht. Ein Sichgerieren als Vollkaufmann in anderer Weise, vielleicht dadurch, dass der Minderkaufmann einen Handlungsbevollmächtigten als Prokuristen auftreten lässt, wird seltener vorkommen.

---

[1]) dageg. Preuss. O. V. G. i. D. J. Z. 1903 S. 107 v. 9. Juni 1902.
[2]) vgl. § 2 d. Abhdlg. S. 23.

Staub[1]) ist folgender Ansicht: „Derjenige, der sich als Vollkaufmann geriert, muss es sich gefallen lassen, dass er als Vollkaufmann gilt. Denn jeder muss es sich gefallen lassen, dass seine Erklärung so aufgefasst wird und diejenige Bedeutung hat, die ihr nach Treu und Glauben im Rechtsverkehr zukommt (§§ 157, 242 B. G. B.)."

Längere Erörterungen über Treu und Glauben würden den Rahmen der Arbeit überschreiten. Es genügt einmal, darauf hinzuweisen, dass die von Staub angeführten Paragraphen doch nicht etwa von dem Scheinvollkaufmann sich angemasste Rechte schützen sollen, sondern höchstens zu Gunsten dessen zur Anwendung gebracht werden können, der darauf vertraut hat, dass der Gegenkontrahent Vollkaufmann ist.[2]) Andererseits sind diese Grundsätze stets mit Vorsicht zur Anwendung zu bringen[3]) und sicher nicht dann, wenn die Absicht oder gar klare Bestimmungen des Gesetzes dagegen sprechen. Und in dieser Beziehung glauben wir uns auf das H. G. B. berufen zu können, nach dem auch die eingeschränkte Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben hier nicht Platz greifen kann.

Man vergegenwärtige sich nur, welche Folgen die Staub'sche Ansicht hat. Es sollen die für den Minderkaufmann erlassenen Schutzvorschriften aus der Welt geschafft werden, weil dieser sich vielleicht aus Eitelkeit eine besondere Firma beilegt, es sollen dann die von ihm abgegebenen Bürgschaftserklärungen, Schuldversprechen usw. ohne die Formvorschriften des B. G. B. Gültigkeit haben und eine Vereinigung von Minderkaufleuten als offene Handelsgesellschaft gelten. Damit wäre doch wohl

[1]) Staub S. 80, Anm. 1, R. G. v. 17. Jan. 1903 i. Recht. 1903 S. 311, O. L. G. Dresden v. 13. Juni 1902 i. Kaufmanns Rechtsprechung 1902 S. 9 d, dasselbe v. 2. Okt. 1903 i. Mugdan-Falkmann 8 S. 96, O. L. G. Karlsruhe v. 10. Juni 1903 i. Recht 1904 S. 256, 2. K. f. Handels S. L. G. 1 Berlin 9. Okt. 1902 i. Recht 1902 S. 535, L. G. Magdeburg v. 6. Nov. 1902, A. G. Pforzheim v. 21. 12. 1901, K. f. Handels S. Magdeburg v. 13. Febr. 1902 i. Kaufmanns Rechtsprechung Bd. 3 S. 29; dagegen Bovensiepen S. 47 ff., O. L. G. Posen i. Lobe 5 S. 267 v. 16. Juni 1904, R. G. i. Z. S. Bd. 55 S. 85 v. 8. Juni 1903, Kaufmanns Rechtsprech. Bd. 3 S. 29, Anm.

[2]) Lehmann S. 6 Nr. 10.

[3]) Bovensiepen S. 55.

der Zweck des Gesetzes, diesen Kaufleuten eine besondere Stellung zu verschaffen, vereitelt.

Dass Staubs Ansicht falsch ist, zeigt auch das Vorhandensein des § 5; wenn der Eintragung ins Handelsregister, die Staub selbst als einen markanten Anwendungsfall des Sichgerierens als Vollkaufmann bezeichnet,[1]) die besonderen Wirkungen zuerkannt werden, so ist damit als festgestellt zu erachten, dass auch nur die in § 5 genannten Minderkaufleute in gewisser Hinsicht als Vollkaufleute gelten sollen.[2])

Das Reichsgericht[3]) hat sich gleichfalls gegen Staub ausgesprochen in einer neueren Entscheidung: „Das H. G. B. kennt den Satz nicht, dass jeder Minderkaufmann, der für sein Geschäft einen ihm nicht zustehenden Namen führt und dadurch den Anschein einer Firmenführung hervorruft, allgemein oder doch dritten gegenüber als Vollkaufmann gilt."[4])

Da das Auftreten eines Minderkaufmanns als Vollkaufmann die Verkehrssicherheit gefährdet, muss das Gesetz dafür sorgen, dass dieser Zustand aus der Welt geschafft werden kann. Gemäss § 37 Abs. 1 hat der Registerrichter denjenigen, der eine ihm nicht zustehende Firma gebraucht, zur Unterlassung des Gebrauchs der Firma durch Ordnungsstrafen anzuhalten ohne Unterschied, ob die Firma eingetragen ist oder nicht. Um der Eintragung die Wirkung des § 5 zu nehmen, kann sie der Registerrichter ausserdem nach § 142 F. G. löschen; denn ihn bindet natürlich der § 5 H. G. B. nicht.[5]) Diese Löschung kann gemäss § 143 F. G. auch von den dem Registergericht vorgeordneten Landgericht verfügt werden. Den Organen des Handelsstandes fällt hier gemäss § 126 F. G. eine den Registerrichter unterstützende Tätigkeit zu. Selbstverständlich kann auch der Eingetragene

[1]) Staub S. 81, Anm. 2.

[2]) Kaufmanns Rechtspr. Bd. 3 S. 29, Anm., Bovensiepen S. 47 ff.

[3]) R. G. v. 8. Juni 1903 i. Z. S. Bd. 55 S. 85.

[4]) Staub schränkt seine Ansicht auch wieder etwas ein, wenn er S. 82, Anm. 6 sagt: „Die Folgen solcher Geltung als Kaufmann werden nicht immer so weit gehen können wie die Folgen einer Geltung als Kaufmann kraft unmittelbaren Gesetzeswillens in § 5; welche Rechtsfolgen das Gelten im Rechtsverkehr hat, kann nur im einzelnen gesagt werden."

[5]) vgl. u. a. Denkschr. S. 18 Mat. S. 204.

selbst die Löschung beantragen. Es kann überhaupt jeder beliebige, der ein Interesse an der Unterlassung des Firmengebrauchs hat, den Registerrichter auf denselben aufmerksam machen;[1]) insbesondere kann natürlich der nach § 37 Abs. 2 zu klagen Berechtigte diesen Weg betreten. § 37 Abs. 2 gibt nämlich demjenigen, der in seinen Rechten dadurch verletzt wird, dass ein anderer unbefugt eine Firma gebraucht, die Befugnis, von diesem die Unterlassung des Gebrauchs der Firma zu verlangen, gegebenen Falls auch auf Unterlassung zu klagen. Ähnlichen Schutz verleiht der § 8 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs und § 14 Abs. 1 des Gesetzes zum Schutz der Warenbezeichnungen. § 37 Abs. 2 gibt aber dem dritten auch ein Recht, auf Löschung zu klagen, was zwar vom Gesetz nicht ausgesprochen ist, aber dem Sinn des Paragraphen entspricht und allgemein anerkannt ist.[2]) Da, wie ausgeführt, auf den nichteingetragenen Scheinvollkaufmann die Vorschriften über den Minderkaufmann Anwendung finden, so muss ferner ein gutgläubiger dritter vor Schaden bewahrt werden.[3]) Hier greift ebenfalls § 37 Abs. 2 ein mit seiner Bestimmung, dass ein nach sonstigen Vorschriften begründeter Anspruch auf Schadensersatz unberührt bleibt.[4])

[1]) Düringer S. 140 Nr. 3, ähnlich Staub S. 178, Anm. 9.

[2]) Staub S. 180, Anm. 17, Lehmann S. 116 Nr. 10, Goldmann S. 176, 3.

[3]) Die Interessen des dritten dem eingetragenen Scheinvollkaufmann gegenüber werden im allgemeinen durch § 5 hinreichend gewahrt sein; auch ihm ist natürlich ein weitergehender Schadensersatzanspruch unbenommen.

[4]) Hier ist vor allem an §§ 823 ff. B. G. B. gedacht (Denkschrift S. 43 Mat. S. 224), aber auch an § 14 Abs. 1 des Gesetzes zum Schutz der Warenbezeichnungen, § 8 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs und, sofern eine Vertragspflicht verletzt ist, an §§ 276 und 278 B. G. B.